

**LAERZIO CHIESORIN JUNIOR**

**A DISCRICIONARIEDADE NA EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO**

**Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Fernando Andrade de Oliveira**

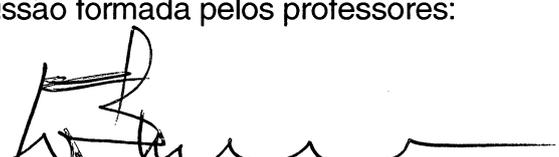
**CURITIBA**

**2001**

**LAERZIO CHIESORIN JUNIOR**

**A DISCRICIONARIEDADE NA EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador:  Prof. Dr. Fernando Andrade de Oliveira

UFPR

 Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève

UFPR

 Prof. Dr. José Roberto Vieira

UFPR

Curitiba, 18 de maio de 2001

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 DISCRICIONARIEDADE</b> .....	8
1.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A IDÉIA DE FUNÇÃO E DE RELAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO .....	8
1.2 ATUAÇÃO VINCULADA E DISCRICIONÁRIA .....	15
1.3 NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE .....	20
1.4 A DISCRICIONARIEDADE E OS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO .....	28
1.4.1 Competência .....	30
1.4.2 Motivo .....	31
1.4.3 Objeto .....	32
1.4.4 Forma .....	33
1.4.5 Finalidade .....	33
1.5 LIMITES E CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE .....	34
1.5.1 Teoria dos Motivos Determinantes .....	37
1.5.2 Conceitos Indeterminados .....	42
1.5.3 Princípios Gerais do Direito .....	46
<b>2 PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO</b> .....	50
2.1 ANTECEDENTES .....	50
2.2 PLANEJAMENTO NO BRASIL .....	52
2.3 CONFORMAÇÃO DO PLANEJAMENTO .....	53
2.4 O PLANEJAMENTO E O ORÇAMENTO .....	56
2.5 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA .....	59
2.6 PRINCÍPIOS E SISTEMA ORÇAMENTÁRIO .....	68
2.6.1 Princípios Orçamentários .....	68
2.6.2 Sistema Constitucional Orçamentário .....	73
<b>3 DISCRICIONARIEDADE NA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA</b> .....	82
3.1 PRELIMINARES .....	82
3.2 EFICÁCIA DA LEI ORÇAMENTÁRIA .....	87
3.3 DELEGAÇÃO LEGISLATIVA .....	90
3.4 PRINCÍPIO DA ESPECIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA .....	93

3.5	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	97
3.6	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	101
3.7	PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO .....	105
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>111</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>115</b>

## RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir e avaliar o processo de execução do orçamento público, basicamente sob o prisma da possibilidade de, discricionariamente, serem promovidas alterações ou transposições de despesas. Advoga-se que, além da obediência pura e simples ao princípio da legalidade – acatado pela existência de uma disposição legal genérica permissiva das adaptações orçamentárias –, está submetida esta atuação discricionária a outros limites colocados pelo ordenamento. Inicia-se a discussão da discricionariedade com o estudo da Administração Pública e das noções de função e de relação de administração. Diferenciadas as atuações vinculada e discricionária, adentra-se na demonstração das dissensões doutrinárias a respeito da natureza jurídica e do conceito de discricionariedade, indicando sua localização no objeto do ato administrativo. Estão examinados, da mesma forma, os limites e alguns instrumentos de controle da discricionariedade. Em seguida, apresenta-se a noção de planejamento, discutindo-se os antecedentes históricos, as finalidades e princípios deste instrumento de atuação administrativa, hoje indispensável ao Estado Democrático de Direito. Aponta-se sua interligação com o processo de orçamentação de despesas públicas e discutem-se as funções e a natureza jurídica do orçamento. Ainda, são estudados o sistema e os princípios constitucionais orçamentários. Na seqüência, abordam-se especificamente os limites que se entende existirem à atuação discricionária do administrador público no campo das despesas. Inicia-se com a natureza cogente para o administrador público dos rumos e objetivos traçados pelo Legislativo ao aprovar os documentos orçamentários. Demonstra-se que a concessão de limite percentual elástico para o Executivo efetuar alterações orçamentárias incide em inconstitucional delegação de legislação orçamentária, e que o princípio da proporcionalidade deve direcionar o administrador público no momento em que este tem o dever de proceder a uma alteração orçamentária. Discutem-se ainda os princípios da eficiência, da especificação e da motivação. O estudo conclui que, sendo o orçamento uma lei, este obriga o administrador público nos quantitativos de despesa fixados e nos objetivos vislumbrados pelo Poder Legislativo ao aprovar o projeto a ele submetido. Assim, embora a norma conceda discricionariedade administrativa na possibilidade de modificação nas despesas orçamentárias, esta não é tão larga a ponto de permitir que no momento de escolher os gastos faça o administrador qualquer escolha, mas este deve demonstrar que efetuou a despesa de maneira proporcional e eficiente, não desviando dos rumos traçados pela opção legislativa representada pela lei orçamentária.

## INTRODUÇÃO

Ao tempo do Estado Liberal, defendia-se que o Estado deveria “abster-se de buscar o bem-estar dos cidadãos, limitando sua ação ao que é necessário para a segurança interna e externa, e não restringindo a liberdade sob nenhum pretexto”.<sup>1</sup>

Superada essa fase inicial, e com base em reivindicações e movimentos populares já neste século XX, a partir das Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, passou-se não a uma nova configuração estatal, mas a uma modificação nas *atividades* do Estado.

Com o advento do Estado Social, em que às preocupações de garantir a liberdade juntaram-se as tentativas de propiciar igualdade entre os cidadãos, pelo atuar do Estado, como agente ativo na busca da correção das desigualdades, modificou-se esta configuração.

Agora, complementarmente à liberdade, passou-se a exigir do Estado o fornecimento de condições para a correção dos desníveis, para se chegar à igualdade entre os cidadãos.<sup>2</sup> Não apenas a igualdade formal, garantida desde antes, mas a igualdade material, a real garantia da liberdade.

A propósito, Miguel REALE<sup>3</sup> observa que “Põe-se, assim, na concepção democrática contemporânea, uma vinculação mais viva, regida pela dialética de complementaridade, entre conceito de igualdade e conceito de liberdade, ambos vistos em correlação concreta”.

---

<sup>1</sup>Citação de Wilhelm von HUMBOLDT, na obra *Ideen zu einem Versuch die Granzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, em *Gesammelte Schriften*, ed. a cargo de A. Leitzman e W. Richter, Berlin, 1903, v.1, p.129, coligida em Antonio A. Pérez LUÑO, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5.ed. Madri: Tecnos, 1995. p.219.

<sup>2</sup>Norberto BOBBIO afirma que os direitos individuais (liberdades) são antinômicos aos direitos sociais (poderes), porque a “realização integral de uns impede a realização integral de outros”. (**A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.21.)

<sup>3</sup>REALE, Miguel. Da democracia liberal à democracia social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.71, p.29, jul./set. 1994.

E, com o predomínio das idéias defendidas por Lorde John Maynard Keynes, a noção de neutralidade dos gastos estatais foi abandonada, exaltando-se, em épocas de baixa atividade econômica, a função do *déficit* público como necessária à retomada do crescimento.<sup>4</sup>

Para a consecução de seus objetivos, o Estado necessita de recursos materiais e humanos, os quais adquire mediante a utilização dos recursos financeiros que retira de várias fontes, sendo a principal a contribuição dos cidadãos, pela arrecadação dos tributos.

A atuação parlamentar iniciou-se, ao lado da garantia dos direitos fundamentais, com a Magna Carta, outorgada pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, no distante ano de 1215, e nesta se assegurou que os súditos somente sofreriam as conseqüências da taxaçoão com o consentimento do Conselho Geral do Reino (artigo 12), e em caso de desrespeito das liberdades asseguradas naquele documento, os vinte e cinco barões, juntamente com a comunidade de todo o reino, poderiam apoderar-se de castelos, terras e propriedades reais, até a satisfação do ofendido (artigo 61).

O direito de votar a imposição tributária deu início, também e por outro lado, ao processo de controle da execução do orçamento,<sup>5</sup> que teve como um dos seus pontos culminantes no passado o reconhecimento, pelos rebelados franceses de 1789, da importância da atividade de controle das finanças públicas. O item 14 de sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão reconheceu que “Todos os

---

<sup>4</sup>A atividade financeira, como bem demonstra António L. de Sousa FRANCO varia de acordo com o tipo histórico de Estado. Assim, o Estado escravista sofreria de atrofia financeira, o Estado urbano ou urbano-imperial combinaria finanças de origem privatística com publicística, o Estado feudal se basearia na riqueza patrimonial fundiária (rendas da terra e de suas atividades produtivas), e o Estado moderno, inicialmente de base patrimonial (monopólio ou concessão de atividades industriais ou comerciais), finalmente se assenta sobre a base fiscal. (**Finanças públicas e direito financeiro**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p.73.)

<sup>5</sup>Saliente-se que a noção de “orçamento” imperante naquele período não continha a mesma configuração e complexidade que nos dias atuais.

cidadãos têm o direito de verificar por si mesmos ou por seus representantes, a necessidade da contribuição pública. Têm, também, o direito de nela consentir livremente, de lhe acompanhar e fiscalizar a aplicação, de lhe fixar as cotas, a base, a arrecadação e a duração”.<sup>6</sup>

Logo, restou assentado o princípio da legalidade orçamentária.<sup>7</sup> Fixou-se então a premissa de que antes de se efetuar qualquer ação de natureza financeira, o Estado deve obter a devida permissão legal e, ainda, é preciso que constem de um orçamento toda a previsão das receitas e a autorização para a realização das despesas.

A discricionariedade é um tema que tem instigado inúmeros autores no intuito de entender e justificar, dentro do sistema de contenção de poderes vigente no Estado de Direito que hoje impera, o convívio entre a liberdade de atuação administrativa e os limites postos à Administração pelo princípio da legalidade.

A convivência entre uma parcela de providências administrativas insindicável pelo Poder Judiciário, cujo mérito fica à exclusiva apreciação administrativa, e as garantias institucionais aos direitos dos cidadãos, baluarte e justificativa do Estado Democrático de Direito, tem desafiado a argúcia e inteligência de praticamente todos os estudiosos do Direito Administrativo.

---

<sup>6</sup>RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.35. v.1.

<sup>7</sup>“No plano jurídico, a execução do orçamento traduz-se no respeito pela legalidade substancial. Ela resulta do respeito pelo acto ou actos que integram o orçamento (lei e orçamentos dos serviços) e por todos os outros actos praticados pela Administração; tanto como leis de organização e funcionamento da Administração, como porque a adequação orçamental é uma forma de legalidade que se projecta nas relações entre os particulares e a Administração (leis definidoras de direitos). A autorização política tem, no plano das relações do Estado com os cidadãos, um conteúdo genérico, mas também um conteúdo específico; é isto que decorre do princípio do Estado de Direito Democrático e do fundamento liberal-individualista do orçamento. Por isso, a execução do orçamento deve respeitar as leis em geral (legalidade genérica) e o próprio orçamento (legalidade específica).” (FRANCO, Antônio L. de Sousa. **Finanças públicas e direito financeiro**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p.384-385.)

É de admitir, de pronto, que a matéria não se esgotou, ainda, porque a aparente contradição entre o dever da Administração de aplicar a lei (não de elaborá-la) e a possibilidade de inovar no caso concreto estabelece uma tensão nos mecanismos de controle da Administração Pública, que se resolve ora a favor desta, ora em benefício do administrado, mas nem sempre propiciando a estas condições de modificar as situações adversas, quando protegida a atuação estatal sob o manto “inquestionável” da discricionariedade.

Assim, sob o pálio da discricionariedade, muitas vezes se transforma a Administração em juíza única do que é interesse público, sem ser observado que ao Estado interessa não a garantia de que o administrador aja de maneira livre e injustificada, mas a de que o verdadeiro interesse coletivo se veja atendido,<sup>8</sup> o que não se consegue vislumbrar, no atuar soberano de uma Administração Pública incontestável.

Contudo, observa-se que a parcela de atuação discricionária da Administração está sendo paulatinamente reduzida, até porque ao natural alargamento das funções estatais decorrente do advento do Estado social, acompanhou também uma maior efetividade das garantias dos direitos fundamentais. Situações que estavam sob seu manto protetor já se configuram de outra maneira. O aumento dos controles por parte dos demais poderes estatais, e também de parte dos cidadãos, vai estreitando os limites da liberdade de atuação administrativa.

A presente reflexão pretende discutir a discricionariedade e sua aplicação a um dos mais sensíveis aspectos do atuar administrativo, qual seja, o que diz respeito ao orçamento.

Demonstrada a importância das despesas públicas no processo de desenvolvimento econômico, aliada à verificação que o planejamento propicia maiores condições de se atingir os objetivos determinados por certa política

---

<sup>8</sup>FIORINI, Bartolomé A. **La discrecionalidad en la administracion publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1948. p.15.

governamental, instaurou-se o processo de orçamentação de planos, logo substituído pelo orçamento-programa.

Esse tipo de orçamento demonstra os objetivos a serem atingidos pela atuação governamental, ao prever despesas para determinadas atividades, programas ou projetos, e é utilizado atualmente no Brasil.

Contudo, após todos os estudos destinados à elaboração da proposta orçamentária, sua submissão ao Legislativo, aprovação e sanção, ao momento da execução orçamentária o próprio administrador – responsável pela proposta – passa a atuar como se esta lei orçamentária fosse apenas um limitador quantitativo de despesas, sem observar que também representa ou especifica os objetivos a serem atendidos. Significa o orçamento a aceitação pela representação popular das alternativas propostas pelo Poder Executivo para atingir-se as finalidades num dado período de tempo.

Não é, portanto, apenas limitadora da atividade estatal no quantitativo dos gastos, é também cerceadora de iniciativas que a contrariem, direta ou indiretamente. É o instrumento que assegura ao cidadão e às empresas, quais as prioridades do atuar estatal, e que lhes permite também direcionar suas atividades ou esforços.

Habitualmente tem constado em leis orçamentárias a possibilidade de o administrador público promover alterações orçamentárias até um certo limite percentual do total da despesa.

Essa autorização concede, então, ao administrador, a possibilidade de adaptar o orçamento às necessidades emergentes ao momento da sua realização e impossíveis de previsão ao tempo da elaboração dos projetos.

No entanto, não raras vezes, os administradores têm se utilizado desta autorização de maneira absolutamente livre de quaisquer outros condicionamentos, exceto o princípio da legalidade, agindo como se a margem de liberdade discricionária não comportasse limites.

Atuando de maneira desvinculada de outros parâmetros normativos, tem resultado de suas gestões, evidenciado na análise dos seus balanços orçamentários, que não houve atendimento às diretrizes gerais colocadas na lei de meios. Não se reconhece, no balanço, o orçamento que o originou, de tão díspares a previsão orçamentária e sua execução.

Coloca-se, então, a presente reflexão no sentido de avaliar o processo orçamentário brasileiro, especificamente sob o ângulo das despesas, particularmente as resultantes de transposições ou remanejamentos orçamentários. Pretende-se discutir e concluir sobre a possibilidade de atuação livre do administrador, neste particular, ou se a sua discricionariedade está limitada por outros institutos jurídicos.

A hipótese de trabalho, portanto, é que o administrador público tem limites na execução orçamentária das despesas, além da simples legalidade. E que alguns destes limites seriam a própria eficácia da lei orçamentária; a impossibilidade de delegação legislativa, no caso de o orçamento autorizar percentual muito alto de remanejamentos de despesa; e os princípios da especificação das despesas, o da proporcionalidade exigida de cada medida administrativa, o da eficiência e o da motivação do ato administrativo de transposição de verbas.

Ao administrador é exigido cumprir a lei e ao administrado esta é a sua garantia.

Ora, se o administrador não segue os parâmetros indicados na lei orçamentária, acaba atuando arbitrariamente. E, neste passo, retira prerrogativa do Poder Legislativo, e garantia do Estado Democrático de Direito, ao usurpar função, por via transversa.

Também o administrado acaba se encontrando, pela atuação administrativa, frente a uma insegurança jurídica, pois na prática não se conhecem as razões determinantes destas modificações orçamentárias.

Não se deseja um atuar inteiramente regado por parte da Administração Pública, mesmo porque impossível, mas se impõe estabelecer os limites apropriados da discricionariedade, longe da arbitrariedade com que agiam os monarcas, mas

dentro de um quadro que atenda à necessidade de agilidade de decisões e ações públicas, obediente à legalidade e respeitoso aos direitos fundamentais do cidadão, razão e destinatário da existência do Estado.

Defende-se, isto sim, que a atuação livre do administrador ao momento das modificações orçamentárias é balizada por alguns parâmetros, sob pena de transformar-se de atuação discricionária em atuação arbitrária.

## 1 DISCRICIONARIEDADE

### 1.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A IDÉIA DE FUNÇÃO E DE RELAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO

O estudo da discricionariedade não pode prescindir, como premissa e elemento condutor do raciocínio, da abordagem de algumas noções sobre a Administração Pública, a idéia de função e de relação de Administração, que, mesmo já sedimentadas, inclusive pela contribuição advinda de vários ramos do conhecimento, demonstram e delimitam a atuação administrativa em busca de sua finalidade.

MONTESQUIEU, em sua decisiva obra, *O Espírito das Leis*,<sup>9</sup> demonstrou que o poder estatal concentrado tende a sofrer distorções, e que a arbitrariedade apenas poderá ser evitada se o poder for partido ou fragmentado, no plano normativo e institucional, de tal modo que afaste a concentração – que o corrompe.

Nesse sentido, elaborou o esquema lógico-racional de divisão das funções estatais, universalmente aceito, que pressupõe um peculiar e mútuo controle, na logicidade interna do poder, visando alcançar o exercício equilibrado das potestades estatais. É, no dizer de CANOTILHO, a chamada repartição horizontal que “refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controlo e independência recíproca entre os vários órgãos de soberania”.<sup>10</sup> Tal construção acaba por demonstrar que a atividade estatal

---

<sup>9</sup>Aponta L. S. Cabral de MONCADA que Locke (1632-1704) já defendia a separação de poderes, a serem exercidos por diferentes pessoas, em legislativo, executivo (incluindo a atividade judiciária) e federativo, que cuidaria das relações externas. (**Filosofia do direito e do Estado**. 2.ed. rev. e acresc. Coimbra: Coimbra Editora, 1955. v.1, parte histórica. p.218.). Paulo BONAVIDES assinala que também Aristóteles previa a existência da Assembléia Geral, do corpo de magistrados e do corpo judiciário (**Ciência política**. 10.ed. rev. e atual., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997. p.136.)

<sup>10</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.513.

se opera em três vertentes, a administrativa (ou executiva), a legislativa e a judicial, cada qual desempenhando uma das grandes funções em que se divide a atuação do Estado, e correspondendo a um dos chamados “poderes” do Estado.

Mencionados “poderes” caracterizam-se pelo exercício predominante de uma atividade ou função, que embora esteja preferencialmente cometida a um determinado órgão, não lhe é exclusiva, mas sim “típica”, no sentido da essência e da predominância naquele ramo estatal. Em outras palavras, cada “poder” ordinariamente e em maior grau exerce uma atividade, principal ou típica, e outras secundárias ou atípicas, todas autorizadas ou determinadas pelo ordenamento jurídico.

Porém, mas em menor medida, exerce outras funções, coincidentes com as funções predominantes dos demais “poderes”, sempre sob os limites constitucionais. Existe, portanto, a atividade administrativa no exercício da função “atípica” tanto no Poder Legislativo quanto no Poder Judiciário; função julgadora na Administração Pública (no denominado contencioso administrativo),<sup>11</sup> ou no Legislativo (caso de julgamento de *impeachment* do Chefe do Poder Executivo).

No exercício típico de suas atribuições, o Legislativo emite leis<sup>12</sup> que determinarão a conduta tanto dos indivíduos quanto do próprio Estado; o Judiciário aprecia os conflitos e as pretensões resistidas que surgem nas relações entre os indivíduos, ou entre os cidadãos e o Poder Público, e dá-lhes a devida solução; e o Poder Executivo promove a execução das leis, a administração dos bens estatais, e a prestação de serviços públicos, exceto os de natureza legislativa e judicial.

---

<sup>11</sup>No sistema brasileiro de Administração Pública não se encontra o contencioso administrativo com as atribuições e prerrogativas do existente em outros países, como, por exemplo, em França e Portugal. Existe, sim, uma espécie de atividade julgadora da Administração nos denominados conselhos de contribuintes, nos quais são apreciados recursos a infrações de natureza fiscal e administrativa, mas sem a característica de coisa julgada, pois toda e qualquer pendência pode ser depois submetida ao Judiciário, por força do artigo 5.º, inciso XXXV da Constituição Federal.

<sup>12</sup>O termo “lei” aqui empregado abrange leis em sentido formal e a Constituição.

Verifica-se, neste passo, a *adequação funcional* que pressupõe

... que o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primário, lhes são atribuídas (exs.: a Assembleia da República é um órgão adequado para legislar; o Governo é um órgão apto para executar e administrar; os tribunais estruturam-se de forma a exercer com 'racionalidade' a função jurisdicional).<sup>13</sup>

A materialização dessas funções é dirigida, assim como quando atua qualquer pessoa humana,<sup>14</sup> à busca de um fim. Orienta o atuar do administrador público o princípio da finalidade,<sup>15</sup> que deverá sempre estar direcionado ao atendimento do interesse público.

A consecução da finalidade pública não é ínsita apenas ao administrador: deve ser perseguida e atingida pelo legislador, e em circunstâncias que clamem pelo provimento jurisdicional, de igual forma, orientar o magistrado.

Genericamente, toda atividade estatal estará validada se a finalidade que persegue for lícita, compatível com os objetivos do Estado Democrático de Direito e, mais, compatível com o ordenamento jurídico. Reordenam-se e aglutinam-se tais idéias entendendo-se que o agir estatal, em qualquer das suas manifestações, está inarredavelmente atado à finalidade pública.

Nesse passo, acentua-se que, na seara pública, o referencial direciona-se e se submete a outra ordem de determinantes, que não aplica o significativo de "liberdade" no mesmo sentido que na esfera dos particulares. Não pode livremente o administrador, em nome do Estado ou da Administração Pública, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, assumir obrigação ou não a cumprir. O agente público não dispõe do que administra.

---

<sup>13</sup>CANOTILHO, op. cit., p.516.

<sup>14</sup>Karl LARENZ afirma que "A conduta humana é, em ampla medida, um agir dirigido a fins". (**Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Trad. por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p.342.)

<sup>15</sup>O princípio da finalidade, com os contornos defendidos por Celso Antônio Bandeira de MELLO, tem íntima relação com o fim legal e ensina que "só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade". Apóia-se em administrativistas como Vitor Nunes Leal e Caio Tácito. (**Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.37.)

Quem é incumbido de administrar bem alheio recebe os poderes necessários e suficientes a que cumpra tal mister, pois quem lhe comete o dever, explícita ou implicitamente, transfere os poderes e o investe de condições para o cumprimento das obrigações que tal função acarreta.

Ruy Cirne LIMA define a razão de ser do administrador e da sua relação com a administração como “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”,<sup>16</sup> que, conforme demonstra, opõe-se aos atos de domínio e está presente tanto no direito privado como no Direito Administrativo.

Salientam-se, nessa definição, as expressões “relação jurídica” e “finalidade cogente”, porque a relação de administração, neste caso, não é concebida como uma relação liberta de liames, mas estabelecida sob o signo do ordenamento jurídico: é uma ligação de natureza jurídica entre a coletividade, titular do interesse público e o administrador. E, por ser “relação jurídica”,<sup>17</sup> há o mútuo estabelecimento de direitos e deveres. Mediante esse liame o administrador se obriga ao atendimento do fim determinado pelo interesse público; não há escolha de fim pelo gestor, pois a finalidade é cogente, e está ele adstrito a persegui-la.

---

<sup>16</sup>LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954. p.54-55.

<sup>17</sup>A respeito da conceituação de “relação jurídica”, oportuno transcrever a noção dada por Francesco CARNELUTTI que aponta o debate e critica as várias formulações elaboradas, sempre tendo em vista a dificuldade de definir esta categoria jurídica. Ensina que “...*potestas* combina-se com a obrigação e a sujeição; quanto à sua combinação com esta não tenho necessidade de insistir para a demonstrar; quanto à sua combinação com a obrigação, ela resulta de que o comandar pode ser um obedecer, pois a quem comanda pode ser comandado comandar. (...) Se atentamente se observarem estes pares, notar-se-á que somente três são expressão de uma relação constante, a saber: faculdade-obrigação, direito subjetivo-sujeição, *potestas*-sujeição. (...) O conceito de relação jurídica, que representa a maior contribuição dada até o presente pela ciência para a consideração estática dos fenômenos do direito, foi especialmente elaborada com relação ao par de que a obrigação faz parte. (...) Das minhas reflexões ressalta, senão uma resposta cabal, pelo menos um princípio de resposta a estas interrogações, pois a relação regulada a clara-se desde que a consideremos como um conflito de interesses e se considere o efeito da sua regulamentação como atribuição aos interessados respectivamente de um poder e de um dever”. (**Teoria geral do direito**. Trad. por Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000. p.293 a 294.)

Portanto, essa peculiar relação, que apresenta num dos pólos a Administração Pública, tem como finalidade o atendimento ao interesse público, expressão que, na busca do seu preciso significado, vem ocupando inúmeros doutrinadores, sem ainda um consenso, pois se trata de um conceito jurídico indeterminado, um conceito fluido, que se modifica a cada situação histórica e social.

A confirmar tal assertiva, Hartmut MAURER, alerta:

Existem elementos do tipo legal que são inequívocos e não causam dificuldades de interpretação e aplicação, (...) Mas também existem elementos do tipo e conceitos legais que são universalmente formulados, requerem uma valoração ou prognose e possibilitam uma larga faixa completa de sentidos. Eles são denominados 'conceitos jurídicos indeterminados'. A isso pertencem, por exemplo: **interesse público**, bem comum, fundamento importante, confiabilidade, necessidade, casos sociais graves especiais e assim por diante.<sup>18</sup> (grifo nosso)

Debruçando-se sobre o tema, Alice Gonzalez BORGES defendeu que o interesse público seria a soma dos interesses individuais, significando que a diferença entre interesse individual e metaindividual é apenas quantitativa, não qualitativa.<sup>19</sup>

Já Lúcia Vale FIGUEIREDO entende que à pergunta sobre o que é interesse público, a resposta deveria ser singela: "aquilo que a lei assim o quis",<sup>20</sup> atribuindo sempre a responsabilidade de determinar o interesse público ao Poder

---

<sup>18</sup>MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001. p.54. Acrescenta, ainda, o autor que "a aplicação desses conceitos no caso particular requer uma valoração e, muitas vezes, também uma prognose do futuro".

<sup>19</sup>BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.205, p.114, jul./set. 1986. Desta posição discorda Dora Maria de Oliveira RAMOS, afirmando que esta visão é contratualista (HOBBS), e que não se pode confundir interesse público com a soma dos interesses individuais. (Princípios da administração pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n.10, p.677, jul./set. 1996.)

<sup>20</sup>FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Premissas à elaboração de um conceito de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.120, p.55, abr./jun. 1975. Esta também é a posição de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. As categorias de interesses na Constituição de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.307, p.15, jul./set. 1989.

Legislativo, ficando a Administração Pública apenas adstrita ao cumprimento da norma delimitada para o caso concreto.

O interesse público, em regra, emerge e emana com a finalidade da norma, sendo expressa ou implicitamente disposto na mesma, ou deflui do conjunto do ordenamento. E, expresso, pode sê-lo por meio de conceitos imprecisos, vagos ou indeterminados, conforme salientado. Ainda que implicitamente, a noção temporal e espacial de interesse público é sempre a que direciona todas as atividades da Administração Pública.

Quando um interesse público está legalmente determinado, o ato administrativo deve ser emitido em absoluta correlação com o interesse tutelado, a partir dos meios previamente delimitados ou pela opção entre uma ou outra atitude, na hipótese de ser deferida ao administrador a escolha entre vários possíveis comportamentos capazes de satisfazê-lo. É de se cogitar a possibilidade de que se configure situação na qual haja interesses públicos conflitantes, caso em que o administrador deve decidir sobre o abandono integral de um em benefício do outro ou em qual medida cada um deve ser sacrificado para atingir o resultado que mais atenda o conjunto dos interesses em conflito.

Tal escolha, obviamente, não pode ser feita arbitrariamente, mas deve obedecer a parâmetros que possibilitem delimitar a atuação do administrador de tal forma a fazê-lo atingir o máximo benefício com o mínimo de custo<sup>21</sup> ou de sacrifício do administrado, e propiciar, igualmente, o controle judicial ou administrativo desta atuação.

O que se observa, pois, é que a determinação do que é o interesse público, dada a fluidez do conceito, somente pode ser efetuada frente ao caso concreto, e não aprioristicamente. A análise das condições do momento é que determinará se naquele ato em particular foi atendido o interesse público, embora certa ordem de premissas deva ser atendida.

---

<sup>21</sup>O termo “custo” foi aqui empregado em seu sentido coloquial.

Na relação de administração, tratando-se da coisa pública, a finalidade cogente é a busca do interesse público, a qual se dá pela execução de tarefas por pessoas jurídicas de direito privado ou submetidas ao regime de direito público, entidades, órgãos e agentes. Em última análise, estas atividades se realizam por intermédio da atuação efetiva dos agentes públicos, assim entendidas todas as pessoas que de uma forma ou outra colaboram para a realização das funções estatais.<sup>22</sup>

Dessa forma a atividade administrativa estatal visa atender interesse alheio, o que a caracteriza como função, assim explicada por Celso Antônio Bandeira de MELLO: “Na função alguém exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita, não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever.”<sup>23</sup>

A noção de função está amalgamada à fundamental idéia de Administração Pública, considerando-se que esta atua em direção ao atendimento de determinadas necessidades da coletividade. A função administrativa traduz-se no desempenho da atividade administrativa.<sup>24</sup> A logicidade na aplicação desses conceitos conduz à conclusão de que para o desempenho desta função, para a satisfação da finalidade legalmente determinada, ao agente público são atribuídos poderes ou asseguradas prerrogativas. Sendo a função pública o dever do exercício de uma atividade visando atingir um fim cujo resultado satisfaça interesses da coletividade, a lei pode autorizar o agente público a atuar de forma mais livre ou mais cingida ao comando legal e ao ordenamento jurídico, porém sem desbordar dos seus estritos contornos.

---

<sup>22</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p.149.

<sup>23</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.76, p.100, out./dez. 1985.

<sup>24</sup>Outra não é opinião de Fernando Andrade de OLIVEIRA. (Administração pública e ato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.1/93, p.104.)

O agente público atua limitado pelos contornos jurídicos que lhe precisam o conteúdo e a forma de agir, bem como fornecem-lhe o plexo de competências que constitui o substrato autorizativo do agir administrativo.

Essas competências são as prerrogativas (poderes) atribuídas pela norma de competência aos agentes públicos, para o cumprimento de **deveres jurídicos**, ou, dizendo de outra forma, são poderes de natureza instrumental de que o agente se utilizará no atendimento ao seu dever, e que podem exigir-lhe atuação inteiramente prevista na norma ou com faculdades de escolha limitada.<sup>25</sup>

## 1.2 ATUAÇÃO VINCULADA E DISCRICIONÁRIA

O agir administrativo calca-se em dois universos juridicamente compostos, permitindo caracterizar a atuação do Administrador Público: uma, inteiramente regrada, conhecida como atuação vinculada,<sup>26</sup> e outra, na qual se vislumbra alguma liberdade,<sup>27</sup> que é chamada discricionária.

---

<sup>25</sup>Agustín GORDILLO, afirma que “a discricionariedade não é o resultado de uma carência pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário uma margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar”. (**Princípios gerais de direito público**. Trad. por Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p.170.)

<sup>26</sup>A doutrina predominante considera que podem existir atos totalmente vinculados, mas não atos completamente discricionários. Outros defendem que não existe nenhum dos extremos, mas apenas varia o *quantum* de discricionariedade/vinculação em cada ato. De qualquer sorte são infundáveis as abordagens e doutrinadores que tratam da vinculação e da discricionariedade, tanto na doutrina clássica quanto na mais recente. (CRETILLA JR., José. **Dos atos administrativos especiais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.158; GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995. t.1, p.X 28.)

<sup>27</sup>A utilização do termo é considerada inconveniente por Carlos Ari SUNDFELD, que afirma que a liberdade “é uma faculdade de agir limitada apenas negativamente, um poder de ação jurídica reconhecido aos sujeitos privados, que estes exercem no seu próprio interesse”, “um poder que resulta da ausência de proibições”, e não explica a possibilidade de apreciação subjetiva da existência de pressupostos legais autorizadores da emanção do ato. (Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.79, p.133, jul./set. 1986.)

É vinculada quando não há outorga de liberdade ao agente público, o qual deve obrigatoriamente seguir o que está predeterminado pela lei, que pode prever não somente a hipótese de agir ou não, como o momento e a forma como esta atuação deve processar-se.

No caso da ação discricionária, há um espaço reservado ao agente público, em que este analisa e decide se deve agir, quando e de que maneira agir. Não há, é certo, uma atuação completamente livre, mas sim condicionada, limitada pela juridicidade.<sup>28</sup> Portanto, a discricionariedade é um intervalo de liberdade assegurado pela lei ao administrador público no sentido de que este possa escolher a forma de agir que melhor atenda o interesse público frente à situação concreta.

Aqui se verificam dois aspectos ou momentos da atuação discricionária. O ordenamento pode deixar ao administrador a escolha entre atuar ou não atuar, mas na hipótese deste agir, determinar-lhe o modo e forma desta atuação. Pode, outrossim, exigir-lhe providências (não existe a hipótese de omissão), mas conceder-lhe margem de decisão quanto aos meios a utilizar na sua intervenção.

Surgem, então, no dizer de Maria Lúcia Jordão ORTEGA, quatro possibilidades de atuação para a Administração Pública, quanto à emanção do ato e ao seu conteúdo: pode ser (1) vinculada ou (2) discricionária em relação a ambos, ou (3) vinculada quanto à realização e discricionária no conteúdo, ou, finalmente, (4) discricionária quanto à realização e regrada quanto ao conteúdo.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup>É oportuno assinalar que a legalidade que atualmente está a doutrina a fazer referência, relaciona-se a uma noção mais ampla que a legalidade formal a que se submete o Poder Público, adotando concepção mais abrangente e mais profunda de legalidade, ou seja, a de juridicidade administrativa. Carmem Lúcia Antunes ROCHA ressalta a importância da adoção deste conceito, pois com o vocábulo **legalidade** “não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo”. Tais idéias têm íntima relação com a configuração do Estado de Direito, a busca da justiça material e a aplicabilidade dos princípios no âmbito da administração Pública. (**Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. p.69.)

<sup>29</sup>ORTEGA, Maria Lúcia Jordão. O dever de invalidar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.65, p.63, jan./mar. 1983.

Como será visto adiante, não existe discricionariedade em todos os elementos do ato administrativo, pois existem alguns elementos (ou pressupostos) que sempre serão vinculados, como, por exemplo, a competência e a finalidade. Não existe, portanto, ato totalmente discricionário,<sup>30</sup> como, da mesma forma, não existe um ato completamente regrado.<sup>31</sup>

Discutível é a aceitação de que ao administrador reste a possibilidade de frente à necessidade de praticar um ato inarredável, adiar sua execução, sob o influxo de uma “vontade” administrativa. Como observado, o Estado não trata de seus próprios interesses, mas sim dos da coletividade. Então, se o ato administrativo é vinculado quanto ao seu conteúdo, a única justificativa plausível para adiar-se o atendimento do interesse público perseguido pela norma seria, entende-se, a existência de um possível conflito entre interesses públicos, exigente do adiamento temporário do atendimento a um destes.

Idêntico raciocínio se aplica ao ato administrativo de conteúdo discricionário, pois a discricionariedade existente na escolha do momento oportuno para a sua expedição não pode levar a retardamentos injustificáveis ou indevidos.<sup>32</sup>

A discricionariedade não é, propriamente, um poder da Administração, mas sim uma determinada forma de exercício da função administrativa. E, como

---

<sup>30</sup>CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10.ed., 4. reimp. rev. e atual. pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p.85. Tomo 1; LEAL, Vítor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p.280.

<sup>31</sup>Jean RIVERO entende que a Administração está vinculada, pelo menos, em dois pontos: a autoridade que emite o ato e os fins que deve prosseguir “e que não é, necessariamente, o interesse público”, e que mesmo nos atos vinculados, “a Administração conserva sempre um mínimo de poder discricionário: é o que se chama ‘a escolha do momento’”. Afirma igualmente que o poder discricionário não admite graus (mais ou menos discricionário), mas um ato pode ter mais ou menos discricionariedade, conforme forem deixados mais ou menos elementos à livre apreciação administrativa. (**Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p.95.)

<sup>32</sup>“Na discricção, o administrador não tem liberdade. Discricção não é poder, é dever. (...) É dever de atender com precisão a finalidade da lei”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Controle da discricionariedade administrativa**. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**, Vitória, n.1, p.30, jul./dez. 1998.)

visto, a função envolve um dever-poder de atuar em busca do fim estabelecido pelo ordenamento.

De acordo com as idéias anteriormente expostas, as noções de “poder” e “dever” são, antes de mais nada, complementares de um lado e, de outro, se há “poder” ele somente se configura na medida de um arcabouço fornecido pelo ordenamento jurídico que o sustente. Não há efetivamente “poder discricionário”, como não se fala de “poder vinculado”, o que traz certa conotação de império, de sujeição, de força de submeter algo a seus desígnios. Existe apenas o cumprimento, de forma mais livre ou mais limitada, de uma determinação legal.

Portanto, nessa recíproca complementaridade, aliada à noção, já exposta, de que a função administrativa encontra sua razão de ser na busca do atendimento do interesse público, o termo “discricionariedade” parece melhor adequar-se a um contexto que, antes de ser conflituoso ou de suposta mera superposição de “poderes”, tende a um fim.

Não é outro o pensamento de Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao afirmar que “o chamado ‘poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um ‘poder’ discricionário”.<sup>33</sup>

Apontam-se dois motivos para que a norma deixe esta margem de “liberdade limitada” ao Administrador Público, um de ordem fática e outro de ordem jurídica.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996. p.15. Na mesma linha de argumentação, HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.756, p.19, out. 1998; CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.47-48, p.30, jul./dez. 1978; GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.93, p.41, jan./mar. 1990.

<sup>34</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998; MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n.6, p.706 e 716, set. 1995.

Sob o primeiro enfoque, dever-se-ia à impossibilidade lógica de serem vislumbradas, pelo Poder Legislativo, todas as situações fáticas passíveis de ocorrer, de modo que a existência da discricionariedade resultaria da própria limitação humana no campo da previsibilidade do futuro. A impraticabilidade de projeção de todas as circunstâncias que podem conduzir à edição do ato, em todos os seus detalhes, é que levaria à necessidade de se conceder certa margem à ação administrativa, ensejando o atuar discricionário.

Por outro lado, a discricionariedade poderia ser justificada pelo princípio da separação dos poderes, visto que, se o Legislativo tudo previsse, e determinasse, estaria adentrando (“invadindo – e usurpando”<sup>35</sup>) e imiscuindo-se na função administrativa, atingindo com isto um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ao Poder Legislativo, no sistema de tripartição de funções, é reservada a tarefa de estabelecer as normas legais de caráter genérico, cabendo ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário a tarefa de individualizá-las e concretizá-las, aquele por iniciativa própria, e este quando instado à solução de lides, mas sempre dentro da moldura fornecida pelo ordenamento jurídico.

Essa segunda justificação, entretanto, contradiz-se com a própria existência dos atos vinculados, nos quais pouco resta à Administração além da execução pura e simples da determinação legal. Aceito este ponto de vista, inclusive o ato vinculado afetaria a independência e harmonia dos Poderes instituídos, pois neste o Legislativo preordena o atuar administrativo em detalhes, exigindo, conforme o caso, a emanção do ato administrativo e dando-lhe o conteúdo e a forma.

Mais aceitável, entende-se, é a primeira argumentação, fundada na impraticabilidade da previsão da variedade de casos concretos e porque a vinculação total dos atos poderia não satisfazer adequadamente o interesse público, colocando-se a discricionariedade como instrumento a propiciar a análise das situações efetivas, para decidir qual a forma de melhor atingir os resultados pretendidos pela norma.

---

<sup>35</sup>MORESCO, op. cit., p.706.

### 1.3 NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

A discussão da natureza jurídica da discricionariedade originou várias linhas de pensamento que foram agrupadas em três grandes correntes por GIANNINI, mencionado por André Gonçalves PEREIRA<sup>36</sup> e Maria Luísa DUARTE:<sup>37</sup>

- a) a tese da discricionariedade como liberdade administrativa para interpretação de conceitos indeterminados utilizados na lei;
- b) a tese da discricionariedade como vinculação da Administração a normas extrajurídicas, que, dependendo da norma requerida (técnica, científica ou ética), pode acabar resultando em vinculação, e
- c) a tese que encontra na discricionariedade a liberdade de decisão conferida pela lei à Administração, para escolher o comportamento mais adequado entre vários possíveis.

A primeira ordem de idéias esbarra no argumento de que os conceitos indeterminados se interpretam,<sup>38</sup> o que é uma atividade lógico-objetiva, e não significa necessariamente a existência de discricionariedade, mesmo que se possa aceitar que estes conceitos possam ser utilizados para tal finalidade.<sup>39</sup>

A segunda corrente não trata, em rigor, de discricionariedade, mas de recurso a material extrajurídico para completar uma norma jurídica. E este substrato não jurídico pode determinar, por exemplo, que não se verifique a discricionariedade, porque a

---

<sup>36</sup>PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962. p. 216.

<sup>37</sup>DUARTE, Maria Luísa. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.370, p.42-43, nov. 1987.

<sup>38</sup>Discussão mais aprofundada do tema dos conceitos jurídicos indeterminados é efetuada no item 1.5.2.

<sup>39</sup>Marcelo HARGER, defende que “a solução que parece ser a melhor é a que considera a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, mas não em todas as hipóteses”. (A discricionariedade..., p.33.)

melhor decisão técnica é apenas uma. Nesta perspectiva, tomada a decisão com base em critérios técnicos ou científicos, confunde-se sua irrevisibilidade judicial com a discricionariedade.

Finalmente, a terceira tese – que nos parece a mais adequada – é defendida pela maioria da doutrina, mas com a ressalva de que, dentre as várias soluções possíveis, deve ser escolhida a melhor solução para o caso concreto, exigível pelo regime jurídico de direito a que se subordina a Administração, porque esta deve sempre satisfazer, da melhor maneira possível, o interesse público posto à sua atenção.

Nesse passo, convém trazer à baila o raciocínio exposto, com base na construção formulada por André Gonçalves PEREIRA, de que é fundamental distinguir a discricionariedade da interpretação da lei, da discricionariedade técnica e da referência a determinadas normas de boa administração,<sup>40</sup> embora seja criticável a concepção de que a escolha, dentre as várias opções válidas, faz-se pela vontade do agente.

Tal construção, de importância histórica, atualmente encontra outros contornos: a objetividade exigida pelo atendimento do interesse público, e que, dentre as várias opções, sopesando-se os vários fatores que as compõem, há a mais adequada ao caso concreto, o que deixa pouca ou nenhuma margem à “vontade psicológica do agente”, sob pena de afastar-se do fim legal.

Logo, a precisão da natureza jurídica da discricionariedade parece estar longe de ser alcançada, sobretudo pelas constantes transformações provocadas pela conformação da Administração Pública ao Estado Democrático de Direito, vislumbrando-se que é um conceito em construção.

Em análise histórica do desenvolvimento do conceito de discricionariedade verifica-se que várias foram as noções construídas com este intuito, colacionadas

---

<sup>40</sup>PEREIRA, op. cit., p.221.

por Michel STASSINOPOULOS,<sup>41</sup> e reapresentadas por Themístocles Brandão CAVALCANTI.<sup>42</sup>

Entre outras, citam-se a que fixava a discricionariedade no estabelecimento do sentido de uma noção imprecisa; a que a fixava na insindicabilidade judicial; a que assimilava atos vinculados a atos constitutivos e atos discricionários a atos declaratórios; a que situava a discricionariedade na possibilidade de escolha; a que a encontrava nos motivos do ato, e a que defendia ser o poder discricionário decorrente do processo de formação do direito por graus (Escola Normativista de Viena).

Parte da moderna doutrina<sup>43</sup> defende que a discricionariedade, sendo a possibilidade de optar entre algumas soluções, determinaria a aceitação de qualquer destas, desde que se enquadrasse nos limites da atuação livre. Neste diapasão, se frente ao caso concreto houvesse a possibilidade de optar entre duas ou mais alternativas aceitáveis sob o ponto de vista da **legalidade**, não haveria como exigir-se decisão num ou noutro sentido. Qualquer das escolhas seria defensável, pois todas atenderiam aos requisitos da lei e estariam dentro dos limites de atuação possível.

---

<sup>41</sup>STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Collection d'Institut Français d'Áthènes, 1954. p. 156 e segs.

<sup>42</sup>CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.101, p.1-23, jul./set. 1970. p.1; \_\_\_\_\_. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p.116-118; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, fascículo cível, ano 87, v.749, p.86, mar. 1998. Na explicitação das diversas teorias utilizar-se-á a expressão “poder discricionário”, em atenção à fidelidade da reprodução do pensamentos dos autores, mas sem descuidar da discussão já encetada sobre a sua correção.

<sup>43</sup>Por todos, André Gonçalves PEREIRA, op. cit., p.221.

Outro segmento doutrinário entende que ao não fixar aprioristicamente a solução que deseja para o caso, a lei somente permite (em realidade, exige) que o administrador escolha a melhor solução,<sup>44</sup> consideradas as circunstâncias de fato.<sup>45</sup>

Ao estabelecer um procedimento ou a expedição de um ato, de forma vinculada, a opção legal é presumidamente a solução que melhor atende ao interesse público. Na persecução do interesse público, e como decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito, aceita-se dogmaticamente que a escolha legislativa é a que melhor atende a este desiderato, visto que tomada pelo órgão encarregado de expressar-se em nome da coletividade, após adequada ponderação.<sup>46</sup> Considera-se, efetivamente, que a melhor alternativa possível pode ser – e muitas vezes o é – a de deixar que o agente público decida qual a solução mais apropriada.

Se fosse indiferente qualquer solução – que não a ótima – a própria lei teria feito a escolha e determinado a solução do caso. Aqui incide o princípio da boa administração, que segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, fundamentado nas lições de Guido FALZONE,

---

<sup>44</sup>“... note-se que a liberdade é concedida para se obter a melhor satisfação da necessidade pública protegida. E é por isso que, sob pena de desrespeitar o fim da lei, o agente competente só pode ter em vista satisfazer da melhor maneira possível a necessidade tutelada”, nas palavras de Afonso Rodrigues QUEIRÓ (**O poder discricionário da administração**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1948. p.266.). No mesmo sentido: Celso Antônio Bandeira de MELLO, (“Poder” discricionário, p.103); Edilson FARIAS (Técnicas de controle da discricionariedade administrativa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 47, n.183, p.161, jan./jul. 1994.), e Celso Luiz MORESCO. (op. cit., p.708.)

<sup>45</sup>“... o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”. (MELLO, C.A.B., **Discricionariedade e controle...**, 2. tiragem, p.33; HARGER, A discricionariedade..., p.19.)

<sup>46</sup>Não se desconhece a polêmica sobre os excessos do Poder Legislativo no exercício da sua função típica, mas deliberadamente deixou-se de aprofundar esta circunstância, neste estudo.

... é mais que um dever moral ou de ciência da administração; é um dever jurídico, porque quando não há a boa administração, não há satisfação da finalidade legal, e quando não há satisfação da finalidade legal, não há satisfação real da regra de Direito, pois uma regra de Direito, sendo embora fluida a sua finalidade, depende inteiramente da finalidade, por ser ela que ilumina a compreensão de toda a regra.<sup>47</sup>

Essa argumentação vai ao encontro de um dos fundamentos da própria discricionariedade,<sup>48</sup> que é a impossibilidade de fato de se prever todas as situações que se apresentam na multifária realidade social. Assim sendo, é necessário que se abram espaços para uma certa amplitude de atuação administrativa, a qual não pode, entretanto, atender o interesse público de maneira menos cuidadosa do que a lei o faria, se não houvesse a limitação humana quanto à previsibilidade dos fatos. Ao administrador foi cometida a tarefa de escolher a solução mais consentânea com os interesses que o Estado tutela, e, pela mesma razão que ao legislador não é dada a possibilidade de legislar contra o interesse público, falece ao mero executor da norma a possibilidade de *in concreto* malferi-lo.<sup>49</sup>

Nesse sentido argumenta Maria Teresa de Melo RIBEIRO, que considera superadas as concepções que viam na discricionariedade administrativa uma zona de liberdade da Administração Pública ou uma faculdade de escolha entre várias soluções equivalentes, na medida em que não existiriam atividades ou condutas administrativas juridicamente indiferentes, pois o desinteresse do ordenamento

---

<sup>47</sup>MELLO, C.A.B., "Poder" discricionário, p.107-108.

<sup>48</sup>Ver item 1.2.

<sup>49</sup>Para Carlos Ari SUNDFELD, importando a discricionariedade em dever de procurar a melhor solução, porque ao legislador esta foi impossível fixar, o ato será inválido, por contrariedade à lei, se demonstrado objetivamente que não foi tomada a melhor solução. (op. cit., p.137.)

quanto à concreta escolha efetuada, se traduz, a rigor, em reconhecer à Administração uma zona de liberdade e de uma certa desvinculação jurídica.<sup>50</sup>

A penetração dos princípios gerais do Direito no âmbito do Direito Administrativo, em seu entender, juridicizou a totalidade da atividade da Administração Pública, levando a “uma verdadeira alteração qualitativa do modo de relacionamento entre a Administração e o Direito”.<sup>51</sup>

O agente público, em atos discricionários, ao determinar a providência a ser tomada no caso concreto, não exercita sua vontade, que não deve espraiar influências na escolha por este efetuada.<sup>52</sup>

A escolha traduz-se em um ato de emissão de juízo de conveniência e oportunidade de atuação, o que envolve a ponderação dos fatos e/ou

---

<sup>50</sup>Essa autora, contudo, em outro trecho de sua obra averba: “Tal como não aceitámos a tese da liberdade de escolha entre várias soluções juridicamente indiferentes, também não podemos aceitar a tese da escolha da única solução possível, precisamente, a solução mais adequada à prossecução do interesse público específico. Ainda que se aceite a existência de um dever de boa administração, decorrência inevitável da natureza funcional dos poderes exercidos pela Administração Pública e da natureza pública dos interesses por si prosseguidos, consideramos que definir a discricionariedade administrativa com base nesse dever de boa administração, não só não traduz a essência da realidade que pretende delimitar, como se traduz, na prática, no afastamento da apreciação judicial da escolha efectivamente efectuada pela Administração, o que, como temos vindo a defender, consideramos inadmissível no presente momento jurídico-constitucional. Mais uma vez, discricionariedade seria sinónimo de insindicabilidade.

Por quanto foi dito, consideramos que a discricionariedade administrativa consiste numa delegação feita pelo legislador à Administração Pública para esta encontrar a solução para o caso concreto. Mas, ao contrário do defendido pela doutrina, a solução discricionariamente escolhida pela Administração não há-de ser nem juridicamente indiferente, nem a única possível, nem jurisdicionalmente insindicável: a solução discricionariamente escolhida pela Administração há-de ser justa, igual, imparcial e proporcional; isto porque os órgãos e agentes administrativos devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade”. (RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da Imparcialidade da administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p.279-280.)

<sup>51</sup>RIBEIRO, op. cit., p. 253-255.

<sup>52</sup>“Isto ocorre porque onde há função não há lugar para autonomia de vontade nem para a busca de interesses próprios ou pessoais. Há, isto sim, a necessidade de se atender a uma certa finalidade prevista em lei”, segundo Marcelo HARGER. (Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n.16/99, Caderno 1, p.496, 2.<sup>a</sup> quinzena de agosto de 1999.). No mesmo sentido, Carlos Ari SUNDFELD, afirma que a vontade do agente é apenas um instrumento para a realização da vontade da lei, e que a apreciação subjetiva que às vezes faz não lhe dá qualquer espécie de liberdade. (op. cit., p.134.)

circunstâncias, encarados sob o crivo do ordenamento aplicável, e verificados os fins a serem atingidos.<sup>53</sup>

Não existe a vontade<sup>54</sup> do agente, no sentido privatístico do termo, mas sim um juízo, lógico, racional, equilibrado e dirigido, que orienta a solução.<sup>55</sup>

O processo lógico de decisão deve considerar, inicialmente, se há liberdade para apreciação das circunstâncias, ou se esta está reduzida porque a norma previu, com detalhes, a atitude a ser tomada frente à constatação da existência dos motivos.

Dessa análise pode exsurgir a ocorrência ou não de conceitos vagos, e, caso positivo, o agente executará a atividade interpretativa necessária a desvendar qual o significado aplicável do termo na situação em exame. Determinado o conceito, o agente orientar-se-á no sentido de verificar – frente ao caso concreto – se persiste a possibilidade de existir mais de uma solução. Se admissível, *in abstracto*, consultar-se-á

---

<sup>53</sup>“Na prática, in concreto, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sôbre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, de nada decidir”. (CRETELLA JR., José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.79, p.31, jan./mar. 1965.). “... na atividade administrativa a vontade apresenta relevo nenhum, ou praticamente nenhum, que o que importa é a finalidade normativa, é o alcance dela, ...”. (MELLO, C.A.B., Controle da discricionariedade..., p.23.)

<sup>54</sup>“...o uso desse termo poderia levar à idéia de vontade como fato psíquico ou ao entendimento de que no âmbito das decisões administrativas, a ‘quaestio voluntatis’ apresenta grande relevo. Na verdade, tais decisões não são tomadas sob a ótica restrita da relação com um destinatário específico ou sob um enfoque particularizado; o característico do poder público encontra-se nessa avaliação mais ampla, panorâmica de interesses em confronto ou de efeitos de uma decisão no todo. Hoje prega-se a necessidade de entender a vontade que se exprime no ato como momento objetivo, não como fato psíquico, de caráter subjetivo”. (MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.193-194; \_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno** (de acordo com a EC 19/98). 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.152.)

<sup>55</sup>Odília Ferreira da Luz OLIVEIRA, defende que a discricionariedade ocorre quando “a lei autoriza o agente público a operar a integração do preceito legal, por meio da própria vontade”, diferenciando ainda integração (operação subjetiva) de interpretação (objetiva e vinculada). (**Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1997. p.114-115.)

a finalidade do dispositivo, de maneira a propiciar a escolha da melhor solução para o caso concreto.<sup>56</sup>

Observada essa ordem de raciocínio, verifica-se que não resta espaço para a vontade<sup>57</sup> do agente público, ou, se existir, é muito estreito.<sup>58</sup>

Após esta exposição, e dentro dos seus limites, entende-se aceitável o seguinte conceito, exposto por Lúcia Valle FIGUEIREDO, para quem

... a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro de critério da razoabilidade geral, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.<sup>59</sup>

Situa-se a discricionariedade no mérito do ato administrativo, envolvendo os conceitos de oportunidade e conveniência. Oportunidade é a possibilidade de

---

<sup>56</sup>Também Juan Igartua SALAVERRÍA defende que somente se pode verificar a existência da discricionariedade no caso concreto, mesmo que a norma, *a priori*, pareça conferi-la, e que a Administração deve escolher a melhor solução possível. (**Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional**. Madrid: Editorial Civitas, 1998. p.38-39 e 91.)

<sup>57</sup>Marcello CAETANO, em discussão sobre a utilidade da distinção entre vontade real e vontade declarada, entende que existe vontade do agente no exercício de poderes discricionários, e que, inexistindo obrigação de fundamentação dos motivos do ato, estes remanescem “nos meandros psicológicos da autoridade a quem a lei confiou o poder de apreciar as circunstâncias de oportunidade e conveniência em que se deveria praticar o acto”, sendo inválido o ato quando se verifica contradição entre a declaração emitida e os seus fundamentos (**Manual de direito...**, p.494.)

<sup>58</sup>Do mesmo entendimento, baseando o estreitamento das margens de atuação discricionária no recentemente constitucionalizado princípio da eficiência administrativa (Constituição Federal, artigo 37, *caput*, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 19/98) é Marcelo HARGER. (Reflexões iniciais..., p.495.)

<sup>59</sup>FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente de planejamento. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v.2, n.6, p.653, set. 1995. De maneira mais sintética, mas no mesmo sentido, define José Roberto VIEIRA: “discricionariedade é a parcela de liberdade legal concedida ao administrador público para que, em face do caso concreto, cumpra o dever de integrar com o seu juízo a vontade abstrata da norma, para atender **do modo excelente** à finalidade normativa”. (**Discricionariedade**: dos preconceitos ao conceito. São Paulo, 1990. Monografia apresentada ao curso de Mestrado em Direito da PUC/SP. p.124. (mimeo)

escolha do momento apropriado para a prática do ato administrativo, e conveniência envolve a “utilidade, a razoabilidade e a adequação do ato”.<sup>60</sup>

Esses elementos são inacessíveis ao Poder Judiciário, e são os que efetivamente configuram a discricionariedade administrativa. Dentro da separação de poderes com que atua o Estado, esta parcela é a que se reserva à Administração Pública privativamente. Neste particular, não pode imiscuir-se o Poder Judiciário, pois pertence à área de atuação exclusivamente administrativa. Isto não significa, obviamente, e até por determinação de natureza constitucional, que não possa ser contrastado judicialmente se o ato administrativo não extrapolou dos limites que lhe são afetos.<sup>61</sup>

#### 1.4 A DISCRICIONARIEDADE E OS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A discricionariedade ou a faculdade de agir discricionariamente, pode-se dizer, surgiu com o Estado Democrático de Direito, pois nos primórdios do desenvolvimento estatal, quando do Estado absoluto, a falta de vinculação do governante era total, de maneira que este não se limitava juridicamente, e portanto podia agir ao seu talante. Suas decisões eram balizadas pelos costumes e pela religião, vigorava a “razão de Estado”.<sup>62</sup>

Quando da submissão do governante ao princípio da legalidade, passou-se a uma limitação de natureza jurídica, pois a Administração somente poderia agir dentro do estritamente previsto pela lei. Mas a impossibilidade lógica de prever todas

---

<sup>60</sup>LEAL, Vítor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, seleção histórica v.1-150, p.455, 1995.

<sup>61</sup>Constituição Federal, artigo 5.º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>62</sup>“... a ‘razão de Estado’, como conceito político ‘fixo’, propõe-se identificar a racionalidade dos meios que sustentam a ordem política, no momento de crise preludadora do nascimento do Estado (moderno) como nova forma de vida”. (QUEIROZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p.36.)

as reais situações da vida levou à necessidade de manter uma área de atuação livre do Administrador, mesmo que juridicamente limitada, de maneira a propiciar um atendimento mais consentâneo com as finalidades do ente estatal.

Na busca do atendimento a suas finalidades, a atividade administrativa da Administração Pública exterioriza-se por meio dos atos jurídicos, classificáveis em atos da Administração ou atos administrativos.

Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO utiliza tal classificação, para demonstrar que nem todo ato executado pela Administração Pública é ato administrativo propriamente dito, bem como existem atos administrativos que não são praticados pela Administração Pública.<sup>63</sup>

Assentada tal premissa, pode-se definir o ato administrativo como a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.<sup>64</sup>

No estudo do ato administrativo é adequado partir-se da consideração dos elementos essenciais de todo ato jurídico, derivada do direito privado, e constante do artigo 82 do nosso Código Civil, e que são: o sujeito, o objeto e a forma.<sup>65</sup> A estes acrescentam-se o motivo e a finalidade, e tem-se a configuração dos “elementos” do

---

<sup>63</sup>MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 461. v.1.

<sup>64</sup>MELLO, C.A.B., **Curso de direito...**, 10.ed. p.231. Fernando Andrade de OLIVEIRA define-o sob o aspecto formal como “o ato jurídico do Estado regido, quanto à sua formação e seus efeitos pelo Direito Administrativo e sujeito ao controle jurisdicional de legalidade”. (op. cit., p.108.)

<sup>65</sup>“A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”. Embora legislativamente radicada no Código Civil, tratam-se efetivamente de elementos de teoria geral do ato jurídico, ao qual se recorre apenas no intuito de evidenciar sua sede material, sem qualquer outra conotação, muito menos a de um indesejável retorno aos primórdios do estudo do ato, radicado no Direito Privado.

ato administrativo mais aceita, enquanto outros afirmam que esta somente estaria completa com a consideração do conteúdo e da causa.<sup>66</sup>

Há, finalmente, os que dividem os componentes do ato administrativo em pressupostos, elementos e finalidade.<sup>67</sup> Pressupostos<sup>68</sup> seriam os antecedentes ao próprio ato, as condições prévias à sua existência, como o motivo e a competência. Elementos propriamente ditos do ato seriam a sua forma e o seu conteúdo. E a finalidade é o elemento teleológico, a direção que deve ser perseguida, o fim a ser alcançado, como demonstrado pela norma, de maneira implícita ou explícita.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, aceitando a distinção de ZANOBINI entre conteúdo (o ato propriamente dito, a prescrição) e objeto (aquilo sobre o qual incide o conteúdo do ato),<sup>69</sup> somente encontra no ato a **forma**, que é o seu revestimento exterior, o seu modo de inserção no mundo real, e o **conteúdo**.

Aceita-se que a distinção entre elementos e pressupostos é tecnicamente mais adequada, pois o que é anterior ou posterior ao ato administrativo não o integra, é-lhe exterior e o antecede (competência, motivo), ou dele é consequência (finalidade).

#### 1.4.1 Competência

O primeiro dos pressupostos do ato administrativo é a competência, qualificação do sujeito para expedir determinados atos. Enquanto nos atos jurídicos em

---

<sup>66</sup>Causa é definida como a relação de adequação entre os pressupostos do ato com o seu objeto, é a correspondência que os pressupostos de fato e os pressupostos de direito devem manter com o conteúdo ou enunciado do ato administrativo, conforme André Gonçalves PEREIRA. (op. cit., p.122-123.)

<sup>67</sup>Pietro VIRGA os divide em elementos e requisitos, aqueles relativos à existência e perfeição, e estes à eficácia e validade do ato administrativo. (**Il provvedimento amministrativo**. 4.ed. Milano: Giuffrè Editore, 1972. p.155-157.)

<sup>68</sup>Regis Fernandes de OLIVEIRA, os chama de condições de validade do ato administrativo. (**Ato administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.)

<sup>69</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade - fundamentos - natureza e limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.33, p.90, jan./mar. 1975; \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.122, p.7, out./dez. 1975.

geral se exige como uma das condições de sua validade o agente capaz (sujeito), em termos de direito público, este deve reunir a capacidade para a prática de atos na vida privada e a competência, que é a capacidade<sup>70</sup> atribuída pela lei ao agente público para o exercício de determinados poderes, visando à satisfação do interesse público.

Ou, “o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.<sup>71</sup>

Não existe discricionariedade quando se trata do agente, porque sua competência é um atributo dado pela lei. “Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito”.<sup>72</sup> Competente é a pessoa a quem a lei atribui o encargo, sendo a competência intransferível e improrrogável por acordo das partes (agente público e administrado), embora possa ser delegada ou avocada, nos termos da lei.<sup>73</sup>

#### 1.4.2 Motivo

Outro pressuposto<sup>74</sup> do ato administrativo são os motivos, “*consideraciones de hecho o de derecho las que impulsan a un individuo a realizar determinado acto jurídico*”.<sup>75</sup> Deve haver uma congruência entre os motivos de fato e os previstos na

---

<sup>70</sup>“La competencia del agente público y la capacidad del particular, tienen evidentemente la misma naturaleza jurídica: la competencia y la capacidad son situaciones jurídicas generales, impersonales, que consisten en el poder legal de realizar actos jurídicos”. (JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. v.3. p.189.)

<sup>71</sup>MELLO, C.A.B. **Curso de direito...**, 10.ed. p.87.

<sup>72</sup>TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil: conceito e remédios**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959. p.27.

<sup>73</sup>GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.63-64.

<sup>74</sup>Terminologia utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

<sup>75</sup>JÈZE, op. cit., p.223, v.3.

norma como necessários e suficientes à expedição do ato administrativo, pois a incompatibilidade entre estes leva à invalidade do ato. A abordagem da teoria dos motivos determinantes, permite fazer tal afirmativa.<sup>76</sup>

O motivo não se confunde com o móvel, pois enquanto este é o aspecto subjetivo a determinar a opção do agente, o seu propósito, a sua intenção, aquele é sempre objetivo, pois deve encontrar-se no mundo real ou ser previsto normativamente.<sup>77</sup>

A motivação, por sua vez, é a explicitação dos motivos que determinaram a tomada da decisão ou a realização de certo ato, e é imprescindível a sua existência em todo e qualquer ato administrativo, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>78</sup>

O motivo é um dos elementos que vinculam o ato administrativo, pois, como assevera Themístocles Brandão CAVALCANTI, “a motivação e a prova do motivo excedem à esfera do poder discricionário: deixou o ato de ser discricionário para tornar-se vinculado a um motivo e à prova desse motivo”.<sup>79</sup>

### 1.4.3 Objeto

Analisados os pressupostos, inicia-se o estudo dos elementos propriamente ditos do ato administrativo.

O objeto do ato administrativo é a coisa, atividade ou relação sobre a qual este incide, e deve ser, como o dos demais atos jurídicos, lícito e possível. A licitude relaciona-se com a não violação de qualquer lei ou princípio de direito ou a adequação do ato administrativo especificamente ao que já venha determinado, no caso de atos vinculados.

---

<sup>76</sup>Tratar-se-á desta teoria no item 1.5.1.

<sup>77</sup>MELLO, C.A.B. **Discricionariedade e controle...**, 3. tiragem, p.87.

<sup>78</sup>Decisão do Mandado de Segurança n.20.012-DF, relator Min. Aliomar Baleeiro, reproduzida na **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.34, abr./jun. 1975. p.141-146.

<sup>79</sup>CAVALCANTI, Do poder..., p.5; \_\_\_\_\_. **Teoria dos atos...**, p.119.

A possibilidade verifica-se pela existência da condição de execução material e jurídica. Deve ser possível fisicamente, no mundo natural, atender ao objeto do ato, e este não pode contrariar à ordem jurídica. Esta possibilidade pode ser efetiva, existente e realizável no momento presente, ou potencial, no caso de o objeto referir-se a situações que poderão ser modificadas. Então, o objeto pode ser atual ou futuro, imediato ou mediato.

O objeto é o elemento, por natureza, discricionário do ato administrativo. É nele que se encontram, ou se analisam, as condições para o exercício da discricionariedade. É no objeto que se localiza o denominado “mérito” do ato administrativo.

A insindicabilidade do ato administrativo discricionário reside, então, no fato de a discricionariedade fundamentar-se no mérito, que envolvendo os conceitos de oportunidade e conveniência, adentra no campo axiológico, de difícil penetração.<sup>80</sup>

#### 1.4.4 Forma

A forma é a maneira pela qual se exterioriza o ato, é o invólucro que reveste o ato. É considerada, para a teoria geral dos atos jurídicos, como um dos seus elementos essenciais, pois é por meio da forma que se expressam as manifestações de vontade. Pode ser escrita ou oral, pública ou não, mas em se tratando de atos administrativos, normalmente a forma escrita e pública é a exigível.

#### 1.4.5 Finalidade

A finalidade é o elemento teleológico do ato administrativo. Nas palavras de Aldo Maria SANDULLI, “... *perchè un atto amministrativo (purchessia) esista, è, quanto meno, indispensabile che l'atto sia preordinato a un compito di pubblica*

---

<sup>80</sup>CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.237.

*Amministrazione, vale a dire che la sua finalità reale ed effettiva atenga alla funzione amministrativa”.*<sup>81</sup>

Tal definição denota a idéia de finalidade ampla do ato administrativo, que, de certa forma e em certo grau, confunde-se com o próprio fim da Administração Pública.

Há outro prisma pelo qual é encarada a finalidade: aquela imediata, em regra prevista na norma.

Por outro lado, a finalidade é, sem dúvida, um dos limites à discricionariedade,<sup>82</sup> ou, como referido anteriormente, um dos elementos vinculados (e vinculantes) do ato administrativo. É a baliza pela qual se pauta o administrador público, e que norteia sua atuação. Atender à finalidade é a razão do atuar administrativo.

E sua capital importância é demonstrada pela circunstância de que tendo o agente atuado com desvio da finalidade, operou com finalidade diversa da prevista na lei explícita ou implicitamente, ocasionando vício insanável ao ato.

## 1.5 LIMITES E CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

A atividade administrativa discricionária é exercida nos termos de um dado ordenamento jurídico, conforme sobejamente visto, o que sugere, ou mais, exige a imposição de limites. Quer isto significar que a parcela de discricionariedade reservada à atuação administrativa está, por igual, sujeita a limites, sob pena de desbordar ao arbítrio.

---

<sup>81</sup>“...para que um ato administrativo (porque o é) exista, é, pelo menos, indispensável que o ato seja preordenado a um escopo de Administração pública, ou seja, que a sua finalidade real e efetiva atenda à função administrativa”. (SANDULLI, Aldo Maria. **Manuale di diritto amministrativo**. 15.ed. Napoli: Jovene Editore, 1989. p.683. v.1.)

<sup>82</sup>“O fim legal é, sem dúvida, *um limite* ao poder discricionário. Portanto, se a opção administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou da sua *zona livre*, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a *zona vinculada*”. (LEAL, **Problemas de direito...**, p.285.)

Hely Lopes MEIRELLES defende que a atividade discricionária tem um duplo condicionamento: externamente pelo ordenamento jurídico, e internamente pelas exigências do bem comum e da moralidade administrativa.<sup>83</sup>

Bartolomé FIORINI aponta que existem três tipos de limites à atuação discricionária: limites negativos, derivados da ordem normativa exceto a administrativa (Constituição, leis, sentenças judiciais); limites relativos, criados pela própria Administração Pública (organização administrativa interna, regulação do procedimento e formas dos atos etc.), e limites positivos, os impostos para evitar a realização de atos arbitrários ou ineficazes. Para o autor, aqueles limites originam obrigações de não fazer por parte do administrador público, enquanto estes se caracterizariam como obrigações de fazer.<sup>84</sup>

Agustín GORDILLO apresenta como limites à atuação discricionária a razoabilidade, o desvio de poder e a boa-fé.<sup>85</sup> Entende como decisão irrazoável, aquela que não menciona os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; ignora os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios, ou se funda em fatos ou provas inexistentes; não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, tratando-se de uma medida desproporcionada, excessiva. Para esse autor, há uma congruência lógica entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que é diferenciado em outros estudiosos.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, seleção histórica v.1-150, p.329, 1995.

<sup>84</sup>FIORINI, op. cit., p.89-110.

<sup>85</sup>GORDILLO, **Princípios gerais...**, p.183-184.

<sup>86</sup>“É, pois, a razoabilidade, diferente da proporcionalidade, que impede excessos na aplicação dos princípios constitucionais, pois aquela permite que se conheça o espírito destes princípios e acerte-se a sua interpretação e, conseqüentemente, a sua aplicação, vale dizer, permite que se conheça o princípio considerado em si mesmo, enquanto a proporcionalidade possibilita que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. p.54.)

Pelo controle do desvio de poder entende o autor argentino ser coibida a atuação com fins pessoais (favoritismo, vingança etc.), ou com finalidade administrativa diversa da desejada pela lei,<sup>87</sup> e, finalmente, com a boa-fé, estar impedida a Administração de utilizar-se de artimanhas ou subterfúgios para levar a engano ou a erro um administrado, conduta incompatível com o que deve ser o exercício da função administrativa.<sup>88</sup>

Em passado não muito remoto, foi caracterizado o ato discricionário como o ato que não era judicialmente questionável, confundindo-se o ato com seus efeitos. Mas atualmente se defende a possibilidade de ser submetido o ato administrativo de qualquer ordem ao crivo judicial.

A afirmação de que o ato foi executado sob o manto da discricionariedade, em que se analisam a conveniência e a oportunidade, e que, portanto, não poderia ser modificado por decisão judicial, tem sofrido constantes mutações, de maneira que hoje não há uma absoluta isenção dos atos discricionários frente ao controle judicial.

Já afirmava Themístocles Brandão CAVALCANTI, que

Em nosso regime, todo poder discricionário tem uma medida legal, senão no exame de sua conveniência e oportunidade, pelo menos do fundamento legal da ação do poder público, quando é restritiva do direito de terceiros.

Não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la.<sup>89</sup>

Celso Antônio Bandeira de MELLO assevera que a discricionariedade é mais lata ao nível da norma que no caso concreto, que pode **exigir** um determinado comportamento do agente, retirando o caráter discricionário do ato ao tempo da sua execução.

---

<sup>87</sup>GORDILLO, **Princípios gerais...**, p.185.

<sup>88</sup>Idem, p.186.

<sup>89</sup>CAVALCANTI, **Do poder...**, p.11.

Para que se possa efetivamente aferir a existência ou não da discricionariedade, tem-se que analisar a realidade da situação, devendo os órgãos controladores abdicar de um controle *a priori*, teórico, meramente interpretativo, para atingir o âmago do ato expedido, analisando-o concretamente.<sup>90</sup>

Na exposição a seguir utilizar-se-á da divisão de técnicas de controle da discricionariedade elaborada por Eduardo Garcia de ENTERRÍA, para quem estas são, inicialmente, o controle dos fatos determinantes, a diferenciação entre aquela e os conceitos jurídicos indeterminados e, finalmente, o controle mediante os princípios gerais do Direito.<sup>91</sup>

### 1.5.1 Teoria dos Motivos Determinantes

O estudo do controle da discricionariedade não pode prescindir de uma abordagem sobre as formas que este assumiu ao longo de seu desenvolvimento, e da noção do abuso ou do desvio de poder.

Alerta-se inicialmente que essa terminologia não é pacífica, sendo genericamente empregadas as expressões abuso, desvio e excesso de poder, o que pode levar a confusões, mas para a maioria da doutrina, sedimentou-se o entendimento de que abuso de poder (ou de autoridade) é o gênero, do qual o desvio de poder ou de finalidade<sup>92</sup> e o excesso de poder são as espécies.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup>MELLO, C.A.B. "Poder" discricionário, p.105.

<sup>91</sup>ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. 3.ed. reimp. Madri: Editorial Civitas, 1995. p.31-49.

<sup>92</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21.ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996. p.96.

<sup>93</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas – formas de controle. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, v.16, p.162, jul./dez. 1991; TÁCITO, **O abuso de...**, p.28; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Considerações acerca do desvio do poder na administração pública. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 33, n.138, p.95, abr./jun. 1976; CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. Princípio da legalidade e desvio de poder no direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 19, n.75, p.235, jul./set. 1982; MEIRELLES, **Direito administrativo...**, p.96.

Dá-se o “abuso de poder”, na modalidade de “excesso”, quando o agente emite ato que extrapola ou excede sua competência, e na modalidade de “desvio de poder”, quando o agente motivado por objetivos pessoais, utiliza de sua competência para atingir finalidade não prevista na norma.

Não se admite, na esfera jurídica administrativa, nem um nem outro desses comportamentos. Mesmo que nestes casos não se trate de vício de competência, porque o agente a detém em ambas as situações, no primeiro caso utiliza desta competência para atingir finalidade diversa da outorgada pela respectiva norma, maculando de forma irreversível o ato,<sup>94</sup> e no segundo caso, os móveis pessoais transportam o ato para a zona de utilização defusa de atuação administrativa, pois utilizou-se o agente da competência legal que lhe foi deferida para buscar finalidade de ordem pública em benefício de seus próprios sentimentos menores.

Em geral, é de difícil comprovação a ocorrência do vício, principalmente porque quando motivada por impulsos de ordem pessoal, a autoridade tem o maior interesse em procurar recobrir sua manifestação com um aspecto de legalidade. Esta é a razão pela qual se admite, desde que suficientemente fortes, provas de natureza apenas indiciária,<sup>95</sup> dentre as quais assume grande importância a inexistência ou a incongruência dos motivos com o ato praticado.<sup>96</sup>

Para Carlos Roberto de Siqueira CASTRO “abuso de poder” é “toda violação da legalidade, extrínseca ou intrínseca”; aponta como vícios de legalidade externa a incompetência (e com ressalvas a usurpação de poder), o vício de forma e

---

<sup>94</sup>MELLO, C.A.B. **Curso de direito...**, 10.ed. p.249.

<sup>95</sup>Recurso extraordinário 68.006–MG. 1.<sup>a</sup> Turma. Relator Ministro Aliomar Baleeiro: Simulação – Indícios vários e concordantes são prova – Não se conhece do recurso extraordinário se a decisão assenta aos fatos e provas e não se demonstrou o dissídio na forma da Súmula 291, In: RTJ 52/140, citada por Hely Lopes MEIRELLES (**Direito administrativo...**, p.97.)

<sup>96</sup>RIVERO, op. cit., p.292.

a ilicitude do objeto, e considera vícios de legalidade interna do ato administrativo, a inexistência material ou jurídica dos motivos ou a imoralidade destes.<sup>97, 98</sup>

E observa que, embora o ato administrativo viciado por desvio de poder aparente um vício de finalidade (elemento externo), trata-se efetivamente de vício nos motivos (elemento interno), defendendo a aplicação da “teoria dos motivos determinantes” esboçada por Gaston JÈZE para explicar o desvio de poder.<sup>99</sup> Para este autor, são motivos do ato as considerações de fato e de direito que determinam sua prática, e inexistentes ou inverídicos aqueles motivos, está viciada a manifestação administrativa.<sup>100</sup>

Caio TÁCITO entende que o abuso de poder é o reverso do princípio da legalidade da Administração Pública, e neste distingue três modalidades:<sup>101</sup>

- 1) violação de direitos individuais (liberdade de opinião, reunião, comércio, crença, locomoção), que devam ser respeitados pela Administração nas condições que a lei estabelecer (**obrigações negativas**);
- 2) violação de direitos econômicos e sociais (direito ao trabalho, saúde, educação, assistência, segurança social), consistindo na inexecução de serviços e deveres impostos por lei à Administração (**obrigações positivas**);
- 3) violação aos fins de **interesse público** (moralidade administrativa, isenção política, eficiência do serviço), cuja inobservância afeta, coletivamente, aos administrados.

De qualquer sorte é o vício que atinge o ato administrativo, e que consiste no exercício<sup>102</sup> de poderes discricionários, pelo órgão competente, “com fim diverso

---

<sup>97</sup>CASTRO, Considerações acerca..., p.95.

<sup>98</sup>Afirma Prosper WEIL, que “O controlo do desvio de poder leva a noção de legalidade ao seu limite extremo, porque também nela integra o controlo da ‘moralidade administrativa’”. (op. cit., p.145.)

<sup>99</sup>JÈZE, op. cit., p.223-290, v.3.

<sup>100</sup>CASTRO, Considerações acerca..., p.98.

<sup>101</sup>TÁCITO, **O abuso de...**, p.3.

<sup>102</sup>Normalmente o abuso de poder é praticado por atos comissivos, mas Caio TÁCITO admite a forma omissiva, seja o ato doloso ou culposo, porque “a inércia da autoridade administrativa, deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual”. (**O abuso de...**, p.11.)

daquele para que a lei os conferiu”.<sup>103</sup> E, como desvia o fim que a lei atribuiu ao ato, não é mera imoralidade administrativa, mas sim vício de legalidade.<sup>104</sup> Desatendido o princípio da finalidade por um ato, este deve ser tornado inválido, e expurgado do ordenamento.

Historicamente a maior parte dos autores aponta o início do controle dos excessos de poder ou desvios de finalidade do ato administrativo com o caso “*Lesbats*”, julgado em 1864.<sup>105</sup> Nesta decisão, o Conselho de Estado Francês cassou determinação do Prefeito de Fontainebleau, que proibia certa empresa de estacionar seus ônibus na estação ferroviária local, mas permitia que uma sua concorrente o fizesse. Motivou-se a decisão pela demonstração de que o agente público agira com “*detournement du pouvoir*” (desvio de poder), pois a norma lhe dava a competência de decisão quanto ao assunto, mas, obviamente, não lhe permitia estabelecer discriminações injustificadas entre os administrados.

No Brasil, a primeira decisão judicial que acatou essa teoria foi a relatada pelo Ministro Miguel Seabra FAGUNDES do Supremo Tribunal Federal, e que tratava do caso de uma empresa de ônibus que teve seus horários de viagem fixados com evidente desvantagem em relação a sua concorrente, que prestava serviços de transporte no mesmo percurso.<sup>106</sup>

Desde a Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, se utilizava a expressão “excesso de poder”, mas neste caso para especificar os limites de atuação judicial

---

<sup>103</sup>CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p.146.

<sup>104</sup>Idem, p.147.

<sup>105</sup>Outros precedentes são o acórdão “*Duchesne*”, de 1852, anulando decisão de um prefeito, porque se fundou em interesses privados e individuais, e não no interesse geral, e o acórdão “*Vernes*”, de maio de 1858, anulando determinação de que os banhistas somente poderiam vestir-se nos estabelecimentos municipais de banhos, porque esta decisão era motivada apenas por interesses financeiros da Administração, conforme aponta Maria Teresa de Melo RIBEIRO. (op. cit., p.40.)

<sup>106</sup>Apelação cível n.º 1422 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, julgada em 28.07.48, concedendo à unanimidade, o mandado de segurança solicitado pela Empresa de Transporte Potiguar Ltda. contra a Inspetoria Estadual de Trânsito. Publicado na Revista de Direito Administrativo com comentários de Vítor Nunes LEAL. (Poder discricionário e ação arbitrária da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.14, p.52-82, out./dez. 1948.)

no controle da atuação administrativa,<sup>107</sup> *in verbis*: “a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder”.<sup>108</sup>

Conforme levantamento de Vítor Nunes LEAL, o emprego de expressões relativas ao “abuso” ou “desvio de poder” está presente em todas as nossas Constituições,<sup>109</sup> e em nosso atual Texto Maior, concentra-se no artigo 5.º, que trata dos direitos e garantias individuais.<sup>110</sup>

Seu acolhimento normativo deu-se com o advento da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, sobre Ação Popular, que definiu em seu artigo 2.º, alínea e, o que considera desvio de finalidade, que se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.<sup>111</sup>

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

... os limites do controle jurisdicional, realizado com apoio na teoria do desvio do poder ou do contraste dos motivos, sempre vêm encontrar seu balizamento mediante a noção de causa e através de exame da significação mínima contextual das palavras em um dado ordenamento jurídico positivo. Ao lume dos dois elementos referidos pode o juiz se pronunciar; se for além deles estará se substituindo ao administrador.<sup>112</sup>

---

<sup>107</sup>Artigo 13, parágrafo 9.º, letra b.

<sup>108</sup>TÁCITO, **O abuso de...**, p.29.

<sup>109</sup>Como *abuso de autoridade* nos textos máximos se referem ao direito de petição (1891, 1934, 1946, 1967 e 1969); *abuso de poder*, quando cuidam do *habeas-corpus* (1934, 1946, 1967, 1969), ou mesmo do mandado de segurança (1946, 1967, 1969). (LEAL, Reconsideração do tema..., p.463-464.)

<sup>110</sup>Direito à ação popular (inciso LXXIII); direito de representação do cidadão contra abusos de autoridade (inciso XXXIV, letra a); *habeas corpus* (inciso LXVIII), destinado à proteção da liberdade de locomoção ameaçada ou violentada, por ilegalidade ou abuso de poder; e o mandado de segurança, ajuizável contra ameaça ou abuso de poder de autoridade (inciso LXIX).

<sup>111</sup>O artigo 4.º da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que “Regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade” determina: “Constitui também abuso de autoridade: (...) h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder, ou sem competência legal”.

<sup>112</sup>MELLO, C.A.B., Discricionariedade - fundamentos..., **Revista de Direito Público**, p.98; \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Revista de Direito Administrativo**, p.19.

### 1.5.2 Conceitos Indeterminados

Deve-se atentar quando da análise de um ato administrativo, para se verificar se este é um ato discricionário ou se trata de uma questão de interpretação de conceitos vagos ou conceitos indeterminados,<sup>113</sup> cuja identificação e seleção têm especial importância quando se estuda a discricionariedade.

A existência de termos imprecisos, ou de significação variável no tempo e espaço, leva alguns a confundir a discricionariedade com a interpretação.<sup>114</sup> Ao estabelecer o real sentido de uma determinada expressão legal, não está o administrador no campo da discricionariedade, mas no da interpretação. Pois, ao conseguir desvendar o sentido em que a lei empregou a palavra ou expressão, pode o agente verificar que este significado exige uma atuação prevista, regrada – vinculada, portanto.<sup>115</sup>

Então, o emprego de termos plurissignificativos não demonstra de forma inquestionável que se esteja no terreno da discricionariedade, pois, como observa Odete MEDAUAR, após o processo de determinação ou ajustamento da significação da “fórmula ampla” pode-se estar frente a uma escolha discricionária ou vinculada.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup>Aproveitam-se aqui as noções já expostas no item 1.1, relativas ao posicionamento de Hartmut MAURER sobre os conceitos indeterminados.

<sup>114</sup>“... un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, há sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que há de aplicar la Administración com la existencia de poderes discrecionales em manos de ésta”. (ENTERRÍA, **La lucha...**, p.33-35.)

<sup>115</sup>“Hay, pues, y esto es esencial, una unidade de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”. (ENTERRÍA, **La lucha...**, p.35.)

<sup>116</sup>MEDAUAR, **Direito administrativo moderno**, p.129.

Nesse sentido, aborda a jurista portuguesa Maria Luísa DUARTE,

Só a diferenciação conceptual e jurídica entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados pode assegurar, por um lado, a liberdade de apreciação inerente ao poder discricionário, insusceptível de controlo judicial, e, por outro lado, a necessária fiscalização contenciosa das operações de interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados.<sup>117</sup>

A expressão “conceito indeterminado” encerra em si mesma um aparente conflito, pois “conceituar” significa delimitar, descrever, determinar um objeto, de tal forma que no conceito se contenham os principais elementos do objeto a ser conceituado, e se possa, desta forma, visualizar o objeto apenas a partir de sua descrição.

Em polémica travada com Sebastián SOLER sobre o desenvolvimento da noção de “conceito indeterminado”,<sup>118</sup> Genaro CARRIÓ demonstrou a permanência de uma zona penumbrosa, limítrofe entre as situações absolutamente claras e as situações duvidosas; e que existem conceitos vagos ou imprecisos na linguagem jurídica, mais precisa que a linguagem comum, mas sem alcançar a precisão da linguagem das ciências exatas.<sup>119</sup>

Para Eros Roberto GRAU,<sup>120</sup> fundamentado na filosofia aristotélica, o conceito (suma de idéias) é sempre uma representação abstrata de alguma coisa, e é expressado por um termo (signo lingüístico-palavra). O conceito refere-se a um objeto, e é mediado pelo termo. Os conceitos **jurídicos** referem-se a significações, diferentemente dos conceitos essencialistas, que expressam ou representam uma

---

<sup>117</sup>DUARTE, M.L., op. cit., p.58.

<sup>118</sup>Utilizar-se-á a expressão, porque consagrada.

<sup>119</sup>JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.64, p.41-42, out./dez. 1982.

<sup>120</sup>GRAU, Eros Roberto. Conceitos indeterminados. Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. In: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO. **Anais**. Vitória, ago. 1998, p.119-120.

coisa, um objeto concreto. A segurança e certeza do direito exigem a uniformidade no reconhecimento da significação dos conceitos jurídicos.

Defende a inexistência de conceitos indeterminados, porque, se “indeterminado”, não é conceito, já que conceito é a **determinação** de uma idéia. Advoga, finalmente, que a discricionariedade trata de juízos de oportunidade e, quando se fala na aplicação de conceitos indeterminados, cuida-se da emissão de juízos de legalidade, sujeitos portanto ao crivo do Poder Judiciário, mas discorda da possibilidade da existência de uma interpretação verdadeira (única correta).<sup>121</sup>

Eros GRAU afirma existir uma imprecisão não no conceito, mas no termo que o rotula, opinião da qual discorda Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao afirmar que a imprecisão não é da palavra, pois se assim o fosse, bastaria mudá-la e estaria resolvido o problema.<sup>122</sup>

A solução, parece, não é modificar a palavra, mas estabelecer um consenso sobre a significação mais aceitável do termo, e a partir daí, difundi-la, de maneira a evitar as confusões.

O conceito indeterminado é constituído, para alguns, de um núcleo e uma zona periférica ou orla conceitual e, para outros, de uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa.

Para os que abraçam a primeira idéia, em uma parcela do conceito há certeza do que ele representa, que é o chamado núcleo conceitual, que dá a estabilidade e segurança jurídicas, além do qual – a orla – reina a incerteza. Esta é diminuída à medida que a atividade interpretativa inclui parcelas maiores da orla no núcleo conceitual. O objetivo desta concepção é o de, paulatinamente, diminuir o campo das indeterminações.

---

<sup>121</sup>GRAU, Conceitos indeterminados, p.122-124.

<sup>122</sup>GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.12, p.87-88, jul./set. 1995.

Outros defendem que sempre haverá um espaço de incerteza na determinação de qualquer conceito, pois, exemplificam, se é possível estabelecer-se nitidamente que às 22 horas é noite (certeza positiva), em oposição ao dia (certeza negativa), não se pode afirmar o mesmo às 18 horas, ao crepúsculo, no entardecer. Diminui-se assim a zona de certeza tanto positiva quanto negativa (que se auto-excluem), impedindo afirmar-se categoricamente ser uma ou outra coisa.

Teresa Celina de Arruda Alvim PINTO, em discussão sobre a chamada “discricionariedade judicial” confronta-a com a discricionariedade administrativa, afirmando que nesta há “várias soluções válidas e a **pluralidade de possibilidades é desejada** e instituída pela norma, como única maneira de propiciar condições para uma boa administração”, e naquela “a norma é **vocacionada** a que haja **uma só solução**, embora possa ocorrer que, faticamente, haja diversas soluções diferentes umas das outras, e que todas elas subsistam, sendo, não desejadas (**uma só é a desejada!**), mas “toleradas” pelo sistema”.<sup>123</sup> (grifos nossos)

Aceita, com Barbosa MOREIRA, que a discricionariedade respeita aos efeitos, enquanto a interpretação de conceitos vagos ao “fato”,<sup>124</sup> e afirma que não são indiferentes as possíveis escolhas da Administração Pública, dentro do arcabouço jurídico colocado e frente ao caso concreto, pois este busca a **melhor solução**.<sup>125</sup>

Defende que quando a norma utiliza o conceito vago o faz com o escopo de gerar uma só interpretação,<sup>126</sup> e que não se pode confundir a interpretação de conceitos indeterminados com a discricionariedade, pois o Judiciário, ao decidir, dá a única solução possível, e imaginar-se que o juiz pode escolher entre indiferentes

---

<sup>123</sup>PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 24, n.96, p.165, out./dez. 1990.

<sup>124</sup>Idem, p.159.

<sup>125</sup>Idem, p.160.

<sup>126</sup>Idem, p.163.

jurídicos (característica da discricionariedade) instauraria a insegurança jurídica. O juiz, quando se pronuncia, afirma qual a interpretação que o Estado, frente ao caso concreto, dá àquela norma. E esta interpretação não pode ser – pelo menos teoricamente – outra, frente a caso similar, sob pena de instaurar-se a incerteza quanto ao direito aplicável.

Nesse sentido, conclui:

E se pode dizer que **só há uma solução correta**, embora o sistema **tolere**, do ponto de vista pragmático, haja dualidade ou mesmo pluralidade de decisões, fruto de aplicação da mesma norma, no mesmo momento histórico, a um mesmo conjunto de fatos, se ela contém um conceito vago, que enseja atividade interpretativa mais complexa que o exercício de raciocínio preso ao esquema subsuntivo.<sup>127</sup>

### 1.5.3 Princípios Gerais do Direito

O recurso aos princípios gerais do direito<sup>128</sup> como forma de limitar a discricionariedade administrativa envolve a consideração de que a Administração Pública não está sujeita apenas aos limites estreitos do princípio da legalidade, mas todo o ordenamento jurídico a condiciona. É a aceitação de que está o administrador sujeito a toda uma juridicidade, conformadora de sua atuação.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup>PINTO, T.C.A.A., op. cit., p.164-165.

<sup>128</sup>A discussão aprofundada desses princípios fugiria ao escopo deste trabalho, que somente pretende apontar-lhes a existência e importância enquanto limite à atividade discricionária.

<sup>129</sup>ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. 1.ed. reimp. Madri: Editorial Civitas, 1996. p.40; FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Estudos de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1995. p.129; MELLO, C.A.B., **Discricionariedade e controle...**, 3. tiragem, p.96.

Os princípios são as orientações ou critérios básicos do sistema jurídico, são disposições normativas que limitam e direcionam a atuação do agente público na interpretação e na aplicação das regras de Direito.<sup>130</sup>

Efetivamente, se o estabelecimento do princípio da legalidade como vetor da atuação do administrador público significou a evolução para o Estado de Direito, a submissão deste a todos os demais vetores principiológicos representa a sua inserção no Estado Democrático de Direito.

Quando se fixou o axioma de que o administrador público somente pode fazer o que a lei determina, em contraposição à liberdade de fazer tudo o que a lei não proíbe – postulado do direito privado –, estabeleceu-se a previsibilidade da atuação administrativa. Com isto, prestigiou-se a segurança jurídica dos administrados, que, porque a lei era baixada por seus representantes e publicamente divulgada, podiam ter como certo que determinadas atuações não se efetuariam, porque não legalmente autorizadas.

Ao momento do Estado abstencionista esta garantia de submissão ao princípio da legalidade bastou para, inicialmente, coibir os abusos e permitir uma atuação adequada do serviço público. Na seqüência, com o advento do Estado interventor, as exigências de seu atuar foram elevadas, e nem todas as suas ações estavam previstas, instaurando-se uma insegurança que somente pode ser atenuada com o recurso ao ordenamento como um todo, particularmente aos

---

<sup>130</sup>Robert ALEXY classifica princípios e regras como normas jurídicas, entendendo aqueles como *mandatos de otimização*, que devem ser cumpridos em grau e medida diferentes dependendo da situação real e jurídica, e estas como *determinações* fática e juridicamente possíveis, mas cuja aplicação fica condicionada à inexistência de regra que disponha de maneira diversa, sem exceção. (**Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.86 e segs.)

princípios, como vetores de interpretação e atuação públicas, do qual são simultaneamente limites e possibilidades.<sup>131</sup>

Para ENTERRÍA, *“Más que em parte alguna resulta aqui evidente que sin um esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido esse caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenación a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia seria posible”*.<sup>132</sup>

A função destes princípios é, portanto, a de dar “feição própria, continuidade e autonomia ao direito administrativo” na busca de um equilíbrio entre os privilégios administrativos e as garantias do cidadão.<sup>133</sup>

Neste sentido, exemplifica-se que os princípios da ampla defesa, contraditório, igualdade, proporcionalidade, seriam verdadeiras garantias do cidadão, e os princípios da continuidade do serviço público da executoriedade das

---

<sup>131</sup>“... a natureza reconhecida aos princípios gerais de direito e a função por eles desempenhada no ordenamento jurídico, em termos de vinculação jurídica da totalidade da actividade administrativa, impede-nos de aceitar a existência de uma actividade administrativa discricionária subtraída, por princípio, a uma fiscalização judicial. Com efeito, ao instituírem novos critérios jurídicos e novos parâmetros de valoração do agir administrativo, e, em suma, ao imporem à Administração Pública o respeito de outros vínculos jurídicos para além daqueles que lhe são impostos pela legalidade estrita, os princípios da justiça, da igualdade, da proporcionalidade e da imparcialidade vieram alargar a esfera da vinculação e da apreciação objectiva, racional e jurídica da actividade da Administração e, nessa medida, reforçar o controlo jurisdicional da actividade administrativa, especialmente da actividade discricionária. A existência de vínculos jurídicos que penetram directamente no interior da actividade administrativa discricionária, condicionando, em definitivo, o comportamento da Administração, torna não só necessária, como inclusive obrigatória, a existência e a possibilidade de um controlo jurisdicional do seu acatamento. Porque incidem sobre a essência da função e actividade administrativas, os princípios jurídicos permitem, assim, a apreciação judicial do conteúdo das decisões administrativas, sejam elas estritamente vinculadas ou discricionárias”. (RIBEIRO, op. cit., p.233.)

<sup>132</sup>ENTERRÍA, **Reflexiones sobre...**, p.45.

<sup>133</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p.122.

decisões administrativas, da autotutela, serviriam para assegurar a posição de supremacia da Administração, na busca do interesse público.<sup>134</sup>

Anote-se que não há a necessidade de que tais princípios sejam legislativamente consagrados, muito embora nossa Constituição Federal deles seja profícua, pois sua eficácia independe do texto legal.<sup>135</sup>

Conclui-se do exposto que a discricionariedade é um espaço de liberdade que a lei reservou ao administrador para que este encontre, frente ao caso concreto, a melhor solução possível; que não pode ser confundida com os conceitos indeterminados, do qual se diferencia porque a determinação do significado destes é apenas uma operação de interpretação, e a sua simples presença não garante a existência da discricionariedade, que pode existir em situações em que estes se apresentam, mas não sempre nem necessariamente; que se situa no objeto do ato administrativo; que a discricionariedade tem limites internos e externos, e pode ser controlada pelos motivos do ato administrativo, bem como pelos princípios gerais de direito.

Na seqüência do desenvolvimento deste trabalho, tratar-se-á dos elementos referentes ao planejamento e ao orçamento nacionais, concluindo-se o estudo com um levantamento dos principais mecanismos limitativos da possibilidade de atuação discricionária do administrador público, quando se abordam as finanças públicas, especialmente pelo ângulo da despesa, que é o foco deste estudo.

---

<sup>134</sup>DI PIETRO, **Discricionariedade...**, p.122.

<sup>135</sup>REALE, **Lições preliminares...**, p.301.

## 2 PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO

### 2.1 ANTECEDENTES

Entre as características do Estado de Direito, antes deste século, salientava-se a não intervenção, a não-ingerência em termos econômicos e de benefícios aos cidadãos, caracterizando o chamado Estado liberal, mas no século XX, o Estado passou a atuar mais diretamente no fornecimento dos bens e serviços necessários à correção dos desníveis sociais existentes na sociedade, gerando o que se denominou de Estado Social.

A população aumenta, suas necessidades multiplicam-se, e o Estado deve vislumbrar tais circunstâncias, para que não ocorra a descontinuidade na prestação das atividades públicas. O Estado tem deveres a cumprir, para o que a prestação de seus serviços deve ser ininterrupta. Para isto, deve contemplar as condições atuais e prever as futuras necessidades, de maneira a atendê-las. É o princípio da continuidade do serviço público, que exige a permanente atividade da Administração Pública, no sentido de impedir a sua paralisação, e implica a utilização do *planejamento* como ferramenta de trabalho.

A União Soviética, em 1928, iniciou a implementação de seu primeiro Plano Quinquenal, no qual utilizou o planejamento como uma forma de apontar as alternativas, os meios, e o tempo que seria necessário para alcançar metas econômicas, visando diminuir o hiato em renda e desenvolvimento para com os países hegemônicos.

Esses planos eram vistos com desconfiança pelos países não socialistas, pois significavam a efetiva ingerência do Estado nos rumos da economia, o que contrariava o ideário liberal. Inclusive se questionava da possibilidade de um planejamento estatal centralizado ser ou não passível de conviver com a democracia.

Mas, ultrapassado o impacto inicial e vencido o preconceito que nos países de economia capitalista cercou o planejamento, é aceita a necessidade de maior

intervenção estatal no campo econômico, a ser promovida para atender aos fins preconizados pelo (novo) Estado Social, passou-se a aceitar o planejamento como instrumento direcionador dos esforços para atender as finalidades estatais.<sup>136</sup>

O planejamento se impôs, em todos os níveis e setores, como parte integrante do processo de atuação administrativa, tanto no setor público quanto no setor privado. Verifica-se, então, um enorme desenvolvimento desta função no período moderno, existindo até quem defenda a criação de órgão de planejamento estatal independente, isto é, não subordinado a nenhum dos Poderes previstos na clássica divisão proposta por MONTESQUIEU.<sup>137</sup>

A implementação dos meios tendentes a alcançar os objetivos delineados pelo planejamento, quando se trata da atividade pública, faz-se com a separação de verbas destinadas a propiciar os gastos necessários àquela finalidade, o que se dá no orçamento público. Sua importância evidenciou-se a partir da ocorrência da Grande Depressão de 1929, nos Estados Unidos da América do Norte, que somada à demonstração efetuada por John Maynard KEYNES de que se poderia utilizar os gastos públicos como mecanismo para corrigir as deficiências de procura em épocas

---

<sup>136</sup>Anotese que o planejamento nas economias não centralizadas define-se pela característica de indicativo, sendo sua força impositiva apenas em relação às unidades do setor público e indutivas do setor privado. Nas economias centralizadas, ditas socialistas, o planejamento caracteriza-se por seu caráter imperativo, alcançando todas as forças econômicas, sejam públicas, privadas ou até mesmo os consumidores, como noticia Eros Roberto GRAU (**Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.29-31.) Em nossa Constituição Federal de 1988 está expresso no *caput* do artigo 174 que o planejamento será “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>137</sup>Essa proposta é defendida por Fábio Konder COMPARATO, em seus artigos Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional (**Revista de Direito Público**, São Paulo, n.88, p.18-43, out./dez. 1988. p.18-43) e A organização constitucional da função planejadora (In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p.77-93). Contra: AMATO, Pedro Muñoz. Planejamento, tradução, adaptação e prefácio de Benedicto Silva. 3.ed. **Cadernos de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n.33, p.42-44, 1966.

depressivas, resultou em mudanças da elaboração e da forma de encarar o orçamento público.<sup>138</sup>

## 2.2 PLANEJAMENTO NO BRASIL

No Brasil, o processo de planejamento da atuação do Estado iniciou-se efetivamente com o chamado Plano SALTE, elaborado durante o governo Dutra, em 1948,<sup>139</sup> que estabelecia as prioridades nacionais em termos de Saúde, Alimentação, Transporte e Energia.<sup>140</sup>

Em 1956, surge o Plano de Metas, do Governo Juscelino Kubitschek, que priorizava energia, rodovias e ferrovias, serviços portuários e aeroviários, fortalecimento da indústria de base, mecanização agrícola e utilização de fertilizantes, silos e armazéns.

Em 1963, no Governo João Goulart, surge o Plano Trienal, que visava corrigir os desníveis regionais, melhorar a saúde pública, a educação e a pesquisa tecnológica, reduzir a dívida e combater a inflação sem frear o desenvolvimento.

Em seguida, após a interrupção da vida institucional pelo golpe militar de 31 de março de 1964, foi lançado o PAEG – Plano de Ação Econômica do Governo Castelo Branco e o Plano Decenal (1967), desdobrado em Programa Estratégico de Desenvolvimento (PED), para o período 1968-1970, coincidindo com o Governo Costa e Silva; o Programa de Metas e Bases para a Ação do Governo, para o

---

<sup>138</sup>“*Se dirá, tal vez, que las leyes clásicas de la economía habían perdido su vigencia mucho tiempo antes de que los hombres rectores de la economía pública y los cultivadores de la ciencia financiera comprendieran en toda su magnitud la función económica del Presupuesto*”, afirma Fernando SAINZ DE BUJANDA. (**Hacienda y derecho**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955. p.79.)

<sup>139</sup>NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.27 e segs.; FERREIRA, José Ribamar Gaspar. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 1979. p.30-31.

<sup>140</sup>Esse fora precedido, na mesma década, de outras tentativas insipientes, como as da Missão Cooke (1942-1943), do Relatório Simonsen (1944-1945) e da Missão Abbink (1948).

quadriênio 1970-1973, e o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, vigente de 1972 a 1974, durante o Governo Médici. Uma nova versão deste Plano Nacional de Desenvolvimento, denominada II PND, vigorou de 1975 a 1979, durante o Governo Ernesto Geisel. Finalmente, surgiu o III PND, apresentado ao país pelo Presidente João Batista de Oliveira Figueiredo.

Desde então não se abandonou a noção de que é necessário o planejamento econômico para direcionar a atuação estatal, que é também exigência constitucional,<sup>141</sup> mas se passou a utilizar de planos anunciados de forma não tão grandiloqüente e sem as ambiciosas metas dos anteriores, até porque as condições econômicas do Estado a partir do segundo choque do petróleo, ocorrido em 1979, pioraram bastante.

### 2.3 CONFORMAÇÃO DO PLANEJAMENTO

Ainda que elementar, indispensável como pressuposto que se abordem as linhas gerais do planejamento.

Várias são as definições<sup>142</sup> que se lhe dá, e inúmeras as tentativas de traçar contornos ao conceito de planejamento, sem consenso, mas a maioria dos doutrinadores concorda que o planejamento deve responder às seguintes questões: “o que fazer” (qual o objetivo), “como fazer” (com que meios e instrumentos), “quando fazer” (em que tempo), “onde fazer” (local), “por que fazer” (qual a justificativa), “quem irá fazer” (aponta a responsabilidade) e “quanto custará” (a que custo e como serão obtidos os recursos).<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup>Constituição Federal, artigo 174.

<sup>142</sup>“...conjunto ordenado e sistematizado de ações capazes de em um tempo determinado possibilitar o alcance das metas indispensáveis à consecução dos objetivos” (NASCIMENTO, C.V. op. cit., p.32-33); “formulação sistemática de um conjunto de decisões, devidamente integrado, que expressa os propósitos de uma empresa e condiciona os meios para alcançá-los”. (AMATO, Planejamento..., p.3.)

<sup>143</sup>Como aponta Guilherme MOOJEN, estes itens comportam outros, paralelos, dependendo do caso em vista. (**Orçamento público**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1959. p.30.)

Toma-se para o fim desta reflexão a seguinte definição de planejamento: ação coordenada no sentido de prever medidas ou alternativas para o atingimento de determinados objetivos, demonstrando os meios materiais e humanos, bem como os prazos destinados à sua consecução.<sup>144</sup>

O planejamento pode ser global, regional, setorial, em termos de abrangência. E isto se aplica tanto a empresas quanto a países. O planejamento global pode ser para todo o país (ou empresa), o regional para uma determinada porção geográfica (ou filial), e o setorial para uma dada atividade (ou departamento). Dependendo do âmbito de aplicação e do ponto de vista do observador, o planejamento que é regional pode ser o planejamento global para outro observador: o planejamento do desenvolvimento de um estado da federação, para o país é um planejamento de ordem regional, mas para os habitantes daquele estado é um planejamento global.

Também pode ser encarado o planejamento sob o ponto de vista temporal. Neste caso, ter-se-á o planejamento de curto, médio ou longo prazo. A qualificação destes prazos é variável porque o de curto prazo para uma atividade pode não o ser para outra.

O planejamento não é um processo estático, pois à medida que se vão realizando os **objetivos**, ou sendo atingidas as **metas** (ou mesmo quando não se atinge pela existência de obstáculos à sua realização), vai sendo realimentado com os dados da realidade, que geram modificações de alternativas, o estabelecimento de novas **metas ou objetivos**, ou o abandono destes.

O planejamento envolve várias etapas, quais sejam: o diagnóstico, a programação, a execução e o controle, a avaliação e revisão.<sup>145</sup> Diagnosticar é,

---

<sup>144</sup>Utiliza-se noções apresentadas por Eros Roberto GRAU (**Planejamento econômico...**, p.13-14.)

<sup>145</sup>NASCIMENTO, C.V. op. cit., p.38. A "revisão", no caso do orçamento, depende de autorização legislativa, como se defende no item 3.2.

verificando o que está sendo feito, de que maneira e em que prazo está sendo executado, identificar os problemas na execução e propor alternativas a partir de uma situação desejada. A programação envolve a fixação de objetivo e metas, quantificados e exeqüíveis. A execução deve ser obediente aos parâmetros fixados na etapa de programação, razão pela qual é controlada, não pode se desviar de seus objetivos. A avaliação e a revisão se dão quando se verifica, em intervalos regulares, o que foi programado, o que foi executado, quais os desvios ocorridos, suas causas, corrigindo-se-as ou revisando-se as metas.

O planejamento se materializa por meio de três instrumentos:

- a) o plano, que indica os objetivos gerais, os meios e as estratégias a serem utilizados;
- b) o programa, que define os objetivos parciais, os meios e as técnicas, o espaço e tempo para atingi-los, e
- c) o projeto, no qual se pormenoriza a construção de obra ou realização de um serviço.<sup>146</sup>

Os projetos são documentos concretos e detalhados de investimento ou outra ação ou empreendimento, com a estrutura técnico econômica, custo financeiro (encargos) e processos de financiamento (fontes de financiamento). Um conjunto de projetos com fim e âmbito comum forma um programa.<sup>147</sup>

Existem técnicas de análise que pretendem confrontar o custo e o benefício social dos projetos, mas que somente podem ser úteis se não esquecerem a existência de valores imateriais ou intangíveis, e não pretenderem substituir a ponderação política, mas ajudá-la. São estas a técnica da análise do custo benefício e a do custo eficácia. Na primeira, tenta-se reduzir a valores monetários o custo e os benefícios sociais do projeto, e compará-los. Na segunda, confrontam-se diversas

---

<sup>146</sup>FERREIRA, op. cit., p.29.

<sup>147</sup>FRANCO, op. cit., p.380.

alternativas de custo e eficácia de um certo sistema, procurando a que, em igualdade de circunstâncias, apresenta custo social mais baixo.<sup>148</sup>

Desde o abandono da visão clássica da atuação do Estado, que defendia na prática sua inação econômica, verificou-se que se é desejável o atingimento de certos objetivos, econômicos, sociais etc., é indispensável direcionar os dispêndios governamentais em vista daquelas finalidades desejadas, considerando a relevância dos gastos governamentais no contexto global. Com isto, releva o papel do planejamento no estabelecimento destes gastos, os quais necessitam de aprovação da representação popular, por meio da lei do orçamento.

Pedro Muñoz AMATO<sup>149</sup> apresenta alguns princípios regentes do processo de planejamento, quais sejam: o princípio da inerência, o qual assegura que o planejamento é indispensável à atividade administrativa eficiente, que requer “deliberação racional que oriente a conduta subsequente”; o princípio da universalidade, que exige uma visão global dos problemas, e a busca da previsão de todas as situações e as conseqüências de ações administrativas, no campo econômico, jurídico, social, cultural etc.; o princípio da unidade, que aparece ligado ao da universalidade, que exige uma coordenação única e uma integração de todas as partes de um plano, para relacioná-las e atingir-se a eficiência; o princípio de previsão, encerrado na própria idéia de planejamento, e que exige fixação de metas e prazos para sua realização.

## 2.4 O PLANEJAMENTO E O ORÇAMENTO

Para a teoria clássica do orçamento, este deveria ser inócuo do ponto de vista econômico, os gastos governamentais não deveriam influir na economia, sendo o desequilíbrio orçamentário ruim, sob qualquer dos ângulos que se o analisasse.

---

<sup>148</sup>FRANCO, op. cit., p.381.

<sup>149</sup>AMATO, Planejamento..., p.13-23.

Sob o aspecto da receita maior que a despesa, porque então o Estado estaria retirando da economia recursos de que não necessitaria, visto que operou com *superávit*. Sob o aspecto contrário, do *déficit*, a situação seria pior, porque significava que o Estado estaria sendo gastador, perdulário.

A partir dos estudos de Economia Política constatou-se a existência de ciclos econômicos, com quatro fases: a de incremento da atividade econômica (prosperidade ou expansão); a de decréscimo da atividade (depressão ou contração); a passagem da prosperidade à depressão (crise) e a passagem desta à prosperidade (recuperação).<sup>150</sup>

Demonstrou-se, então, que a atividade econômica estatal, em períodos de baixa demanda (depressão), no campo das despesas, deveria ser ativa, nem que disso resultassem orçamentos desequilibrados, pois, ao efetuar compras de bens e serviços no mercado o Estado contribuiria para um aumento da procura, e conseqüente diminuição dos efeitos econômicos depressivos do período. Este desequilíbrio momentâneo do orçamento seria compensado ao longo do tempo, pelo retorno mais rápido ao equilíbrio econômico ou a uma fase de prosperidade, de tal maneira que o *déficit* gerado em períodos de depressão seria coberto por um *superávit* dos períodos de expansão econômica, quando os gastos governamentais deveriam ser reduzidos, formando um fundo para o pagamento dos gastos no próximo período depressivo, ou pagando as dívidas contraídas no período deficitário.

Conhecida essa realidade, tais ciclos passaram a ser considerados, utilizando-se o direcionamento dos gastos estatais, de forma a minimizar os seus períodos de ocorrência, ou, pelo menos, os seus efeitos.

Com isso adotou-se o chamado orçamento cíclico, utilizado em alguns países (Suécia, Dinamarca, Bélgica, Finlândia e Suíça), e que contribuiu decisivamente no desenvolvimento de novas idéias a respeito do orçamento, ao

---

<sup>150</sup>SILVA, José Afonso da. **Orçamento – programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.6; PINTO FERREIRA. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.69. 6.v.

demonstrar que: a) o dogma do equilíbrio orçamentário, no sentido clássico, carecia de fundamento; b) a pura anualidade orçamentária não satisfaz às exigências da moderna economia; c) o princípio da unidade deveria ser reformulado, e d) há a necessidade de nova classificação das contas orçamentárias.<sup>151</sup>

Iniciando a transição para o orçamento programa,<sup>152</sup> em 1911 foi sugerida nos Estados Unidos da América do Norte, pela Comissão TAFT, a classificação funcional das despesas (*Tasksetting budget*), separando-as não pelo seu objeto (material, pessoal, serviços), mas pelas funções em que eram aplicadas (educação, saúde).

A partir desse tipo de classificação, foi proposto o denominado orçamento de desempenho (*performance Budget*), resultado de trabalho realizado pela comissão de estudos de reforma administrativa dirigida pelo ex-presidente americano Herbert Hoover (Comissão HOOVER), e que sugeria agrupar a despesa por programas. Somadas as idéias de planejamento governamental com as noções de orçamento funcional e de desempenho, chega-se ao orçamento-programa. O primeiro país a adotá-lo foi a França, com o Plano MONNET, após a Segunda Guerra Mundial, seguido da Noruega e Suécia, chegando depois aos EUA (1965).

Há outras experiências no desenvolvimento da integração entre planejamento econômico, como o denominado PPBS (*Planning, Programming, Budgeting System*), no qual se definiam (*planning*) os objetivos da ação governamental por um período longo, os meios a médio prazo para perseguir estes objetivos (*programming*), e a definição da parcela anual dos diversos programas a incluir no orçamento (*budgeting*).<sup>153</sup> Este

---

<sup>151</sup>SILVA, J.A., **Orçamento...**, p.8-10.

<sup>152</sup>PINTO FERREIRA, op. cit., p.70-72.

<sup>153</sup>Ou, nas palavras de MATEO, R. e WAGNER, F. Sosa: "*Sinteticamente puede decirse que com la planificación (**Planification**) se persigue fijar los objetivos generales y hacer una asignación general de recursos; la programación (**Programation**) concretaría las distintas alternativas posibles para alcanzar unos objetivos generales, supuestos unos recursos y la presupuestación (**Budgeting**) trataría de incorporar las alternativas preferidas a un documento presupuestario y controlar su ejecución*". (**Derecho administrativo económico**. Madrid: Ediciones Pirámide, 1974. p.51.)

sistema demonstrou-se útil para grandes decisões de política governamental, mas devido a sua complexidade, generalidade e dificuldade de controle, não foi muito bem aceito pelos níveis inferiores das administrações.

Outro sistema, denominado gestão por objetivos (MBO, *Management by Objectives*), deriva das idéias surgidas na iniciativa privada a partir dos estudos de Peter DRUCKER, e foi implementada pelo presidente americano Richard NIXON, em 1969, generalizando-se a toda a administração federal americana a partir de 1973. Neste sistema os dirigentes da organização definem seus objetivos, a partir dos quais os gerentes fixam, no seu nível decisório, metas congruentes e destinadas a atingir aquelas finalidades apresentadas. Após, é efetuada uma compatibilização entre estas áreas de decisão, considerando os recursos existentes.

Em 1977, o presidente Jimmy (James Earl) CARTER introduziu o orçamento de base zero (ZBB, *Zero Base Budgeting*), pelo qual, a intervalos regulares (cinco anos, em média), se revêem todas as despesas como se estas não existissem anteriormente, eliminando a prática de revisão automática e desmotivada das despesas orçadas no exercício anterior. Por este método, todas as despesas existentes devem ser questionadas para se verificar a validade de sua permanência no próximo exercício.

Em nosso país, após as experiências de orçamentação de planos, passou-se pela do planejamento-orçamento, chegando-se à introdução, em 1964, do orçamento-programa. Anote-se que até a Constituição de 1946, adotava-se o modelo clássico de orçamento.

## 2.5 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA

Dentro da moderna visão da atuação do Estado, o orçamento não é mais um mero apanhado de despesas e receitas, superada sua visão clássica, quando

não era mais que uma simples peça de previsão de receitas e despesas, sem finalidade outra que a puramente contábil.<sup>154</sup>

O objetivo do orçamento moderno é ser um instrumento de demonstração de um planejamento governamental, ao apontar os rumos, metas e objetivos da Administração Pública para um determinado período, e de persecução destes objetivos, ao especificar numericamente as despesas que serão prioritariamente atendidas e as fontes de receitas para a realização destes gastos.

O orçamento passou a ser um “instrumento de programação econômica, de programação da ação governamental, em consonância com a economia global da comunidade a que se refere”.<sup>155</sup>

Além de ser um plano, um programa, a demonstração de um planejamento, um instrumento pelo qual se consegue visualizar quais os rumos que o Estado tomará para o exercício vindouro, possui natureza legislativa. Por meio dessa lei o cidadão toma conhecimento de quais gastos serão efetivados pelo Poder Público no próximo exercício e quais as fontes de receita a serem utilizadas para o atendimento destas despesas. Tem, pois, um duplo objetivo: demonstrar quais os gastos que serão efetuados no período a que se refere e como serão estes custeados.

O orçamento pode ser encarado sob os aspectos financeiro, administrativo, econômico, jurídico, sociológico etc., isto porque em sua aparente simplicidade de tabelas, resumos e números, demonstra os rumos que o Estado segue no intuito de atingir suas finalidades.

---

<sup>154</sup>“O orçamento tornou-se o principal instrumento do intervencionismo. Não é mais um quadro frio e contábil das despesas e receitas públicas. É um rumo traçado à vida política, econômica e social da nação; é um plano de governo”. (DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. 20.ed. atual. a legislação pelos Profs. José de Mesquita Lara e Alberto Deodato Filho. São Paulo: Saraiva, 1984. p.277.)

<sup>155</sup>SILVA, José Afonso da. O orçamento e a fiscalização financeira na constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.8, p.170, maio/jun. 1989.

Disso derivam suas diversas funções, que podem ser divididas em funções econômicas, políticas e jurídicas. Dentre as primeiras, destacam-se a racionalidade econômica, caracterizada pela gestão mais eficiente do dinheiro público, e o fato de permitir a política econômica global, pela articulação com o plano econômico-social existente. No aspecto político, é instrumento efetivo de garantia dos direitos fundamentais, demonstrando a tributação incidente sobre os bens e rendimentos dos particulares, e é garantia do equilíbrio dos poderes, porque permite o controle do Executivo pelo Legislativo. As funções jurídicas, derivadas das políticas, “consustanciam-se no aparecimento de normas destinadas a concretizar os fins de garantia que o Orçamento visa prosseguir”.<sup>156</sup>

A polêmica sobre a natureza jurídica do orçamento iniciou-se com HOENEL,<sup>157</sup> jurista e economista alemão, que defendia que este é lei, pois segue todo o procedimento previsto para a confecção de leis: deriva de um projeto, recebe pareceres, emendas e votação no Legislativo, sanção do Executivo e é sujeito a publicação.

ZORN, na mesma linha, defendia ter o orçamento a natureza jurídica de lei, derivada do fato de ser o Legislativo seu órgão editor.<sup>158</sup> Seguiu o raciocínio de que o conteúdo jurídico do orçamento era a autorização (e determinação) para a arrecadação das despesas e para o emprego dos fundos ali previstos. Considerava

---

<sup>156</sup>FRANCO, op. cit., p.310 e 322.

<sup>157</sup>ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 13.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999. p.80; JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.57.

<sup>158</sup>Só existe uma força de lei, e não existe nenhuma lei sem força de lei. A lei, seja qual for o seu conteúdo, é, em quaisquer circunstâncias, direito objetivo, regra jurídica; lei que não contenha proposição jurídica, que apenas formalmente ou na aparência se apresente como lei, não existe”. ZORN, Philippe. *Das staatsrecht des deutschen reichs*, 2.ed. p.444, v.1, citado por CAMPOS, Francisco. *Orçamento - Natureza Jurídica - Lei Material e Lei Formal - Exposição e Crítica da Doutrina de Laband - Direito Comparado - Elevação do Imposto de Vendas e Consignações em São Paulo (Parecer)*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.14, p.452, out./dez. 1948.

que os efeitos das leis que criam despesas ou receitas permanentes ficavam sujeitos à condição de constarem na lei orçamentária, para sua arrecadação ou dispêndio.<sup>159</sup>

Para LABAND, o orçamento não tinha significação jurídica, sendo simples ato de administração. E sua submissão à aprovação legislativa destinava-se apenas a propiciar a participação daquele Poder na Administração, para sobre esta exercer um controle político. Defendia ainda esse doutrinador germânico, que o conteúdo da lei orçamentária é vinculado às leis anteriores que criaram impostos ou previram despesas, mas não é condição de exigibilidade de umas ou outras, ou, em outras palavras, que as leis que criam receitas ou despesas permanentes se aplicam independentemente da sua previsão no orçamento respectivo. Advogava, igualmente, que as derrogações no orçamento não constituem infrações jurídicas, e que o orçamento teria o sentido meramente político de exonerar o governo de suas responsabilidades pelas despesas.<sup>160</sup>

Seguiram a doutrina de LABAND: GNEIST, G. MEYERS, GERHARDT ANSCHUTZ, STIER-SOMLO.<sup>161</sup>

Francisco CAMPOS ataca a teoria de LABAND, demonstrando que esta se baseia em uma “evidente petição de princípio”, ao defender que o orçamento não é lei em sentido material com a afirmação de que não contém regra jurídica, ordem, proibição ou autorização.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup>CAMPOS, op. cit., p.452-453.

<sup>160</sup>Observam R. Martín MATEO e F. Sosa WAGNER, tentando demonstrar o pano de fundo desta divisão dogmática, que a discussão sobre ser o orçamento lei formal ou material deu-se como consequência da tensão entre o parlamento prussiano e o governo de Bismarck, pelo fato de que não estava havendo renovação do orçamento de guerra. (op. cit., p.41.)

<sup>161</sup>CAMPOS, op. cit., p.450.

<sup>162</sup>Idem, p.457.

George JELLINEK reconhecia na lei orçamentária uma condição para o exercício do direito próprio à administração financeira, que o governo possui.<sup>163</sup>

Leon DUGUIT atribuía natureza dicotômica ao orçamento: a autorização para arrecadar tributos seria ato legislativo (lei), mas a parte relativa às despesas, seria ato-condição. Este tipo de ato seria subordinado ao que ele chama de atos-regra, que são os que veiculam comandos gerais e abstratos passíveis de modificações unilaterais.<sup>164</sup>

JÈZE concorda com DUGUIT quanto às despesas, mas considera que o orçamento quanto às receitas também se trata de ato-condição, porque a peça orçamentária não cria o tributo, apenas autoriza sua cobrança.<sup>165</sup> Idêntico o posicionamento de Aliomar BALEEIRO, frente ao disposto na Constituição Federal de 1946.<sup>166</sup> Na doutrina brasileira atual, defere natureza jurídica de ato-condição ao orçamento, Luiz Celso de BARROS.<sup>167</sup>

Otto MAYER entendia que o conteúdo da lei orçamentária é apenas uma conta, uma estimativa, um plano do exercício futuro, que tem a peculiaridade de ser aprovada pela representação nacional, e cujo efeito jurídico é “livrar de antemão o governo de sua responsabilidade material frente àquela representação”.<sup>168</sup>

---

<sup>163</sup>CAMPOS, op. cit., p.454.

<sup>164</sup>JARDIM, op. cit., p.58.

<sup>165</sup>Gaston JÈZE define ato-condição como “*una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal*”. (op. cit., p.48, v.1.)

<sup>166</sup>BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14.ed. revista e atualizada por Flávio B. Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.415-416.

<sup>167</sup>BARROS, Luiz Celso de. **Ciência das finanças. Direito financeiro**. 4.ed. São Paulo: Edipro, 1991. p.300.

<sup>168</sup>MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950. Tomo 2, parte especial. p.193-195. Segundo ainda MAYER (p.194, nota de rodapé 16), LABAND acredita ser este o único efeito juridicamente atribuível ao orçamento.

Para António L. de Souza FRANCO, à vista da Constituição Portuguesa de 1976, trata-se de uma lei-plano.<sup>169</sup> Na Espanha predomina a doutrina de considerá-lo lei material, como noticiam FRIAS<sup>170</sup> e BLÁZQUEZ.<sup>171</sup>

Juan Francisco LINARES<sup>172</sup> considera o orçamento uma lei material-formal, porque emitida pelo Poder Legislativo, com características de generalidade.

Fernando SAINZ DE BUJANDA conclui que o orçamento não é lei material nem ato administrativo, constituindo uma decisão política do órgão de supremacia política dentro do Estado, sendo formalizado por uma lei, apenas porque *“necesita, em suma, adoptar la estructura técnica y formal de cualquier acuerdo o decisión que há de ser cumplido por una pluralidad de personas u órganos”*.<sup>173</sup>

PONTES DE MIRANDA<sup>174</sup> entendia que “o orçamento é ato político, porque se liga à deliberação do Congresso nacional e à sanção do Presidente da República, no tocante à seleção dos meios financeiros e das despesas; é ato jurídico porque é lei, em sentido econômico-financeiro, por seu conteúdo; é ato administrativo porque, por ele, se rege, financeiramente, a administração”.

---

<sup>169</sup>“Não são leis-medida, ou leis-providência, pois visam regular para o futuro, com certa estabilidade, a estrutura e a conjuntura de certa realidade econômica. Não são actos administrativos sob forma de lei, pois assumem um carácter de generalidade concreta, com vigência limitada no tempo segundo um processo de substituição seqüencial, que também os aparta da clássica lei material geral e abstracta. Não regulam (ao menos principalmente) direitos e deveres, mas instituem novos mecanismos, de imperatividade, obrigatoriedade contratual, estímulo-incentivo ou desincentivação do comportamento dos sujeitos, que não são indiferentes à sua situação e ao comércio jurídico”. (FRANCO, op. cit., p.360-361.)

<sup>170</sup>FRÍAS, Angeles García. Límites materiales y temporales a la ley de presupuestos en el Derecho Aleman. **Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica**, Madri, n.229, p.25-26, jan./fev. 1994.

<sup>171</sup>BLÁZQUEZ, Víctor Manuel Sánchez. La ley de presupuestos y las leyes de acompañamiento. **Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica**, Madri, n.242, p.874, out./dez. 1996.

<sup>172</sup>LINARES, Juan Francisco. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1986. p.56.

<sup>173</sup>SAINZ DE BUJANDA, op. cit., p.79.

<sup>174</sup>PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Emenda n.1, de 1969, Tomo 3. 2.ed. rev., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.194.

PONTES DE MIRANDA considerava sem razão o posicionamento da decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, que compreendia ser o orçamento lei em sentido material, na qual se poderiam criar tributos, defendendo ser o orçamento lei em sentido formal.<sup>175</sup> Comungam deste entendimento Carlos MAXIMILIANO<sup>176</sup> e, hoje, Ricardo Lobo TORRES.<sup>177</sup>

Alberto DEODATO parece considerá-la uma lei formal ou lei *sui generis*, porque vigora apenas durante um ano, não contém dispositivo estranho à previsão da receita e fixação da despesa, não derroga leis fundamentais, não cria tributos, apenas autoriza sua cobrança. Considera-a, então, a aprovação de uma conta e de um plano econômico.<sup>178</sup>

Para Carlos S. de BARROS JR.<sup>179</sup> constitui lei formal, de eficácia particular, porque somente pode ser modificada ou revogada por outra lei ou ato de igual categoria.

Já para Luiz Emygdio F. da ROSA JR., o orçamento é lei formal, especial, porque tratada em seção diferente da destinada ao processo legislativo, e tem o conteúdo de ato de administração.<sup>180</sup>

---

<sup>175</sup>PONTES DE MIRANDA, **Comentários...**, p.194.

<sup>176</sup>“A chamada lei de meios só encerra umas como ‘instruções’ para os órgãos do Estado. Não pode conter normas que afetem as relações entre este e os cidadãos. O orçamento fica sendo o que deveria ter sido sempre – ato de administração: lei – formal, não – material.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 5.ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1954. p.131. v.2.)

<sup>177</sup>“A teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro”. (TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1995. p.61.)

<sup>178</sup>DEODATO, op. cit., p.272.

<sup>179</sup>BARROS JR., Carlos S. de. Orçamento - Natureza Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.83, p.404-407, jan./mar. 1966. p.406.

<sup>180</sup>ROSA JR., op. cit., p.83.

Para Carlos Valder do NASCIMENTO,<sup>181</sup> trata-se de uma lei especial, de conteúdo determinado.

Tupinambá NASCIMENTO afirma que a lei orçamentária é periódica (princípio da anualidade), especial, devido a seu processo legislativo próprio, e formal, porque apesar da denominação de lei, “não tem o conteúdo ou a substância de lei, que é o mandamento preceptivo. O órgão do qual emana é legislativo mas lhe falta o conteúdo de preceito genérico, para todos”,<sup>182</sup> e que o posicionamento de autores estrangeiros sobre o orçamento não ter natureza jurídica de lei é superado em nosso ordenamento, porque há expresso mandamento constitucional chamando-o de lei.

Eduardo Marcial Ferreira JARDIM entende que lei é tudo aquilo que inova a ordem jurídica, independentemente de seu conteúdo ou do seu editor, assumindo então que o orçamento é “uma lei em todos os sentidos”.<sup>183</sup>

Hoje, passou-se à fase do chamado orçamento-programa, com a utilização da racionalidade e do planejamento a serviço da aplicação das receitas públicas, levando outro autor a conceituá-lo como “a lei que contém previsão de receitas e despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, por um certo período”.<sup>184</sup>

Eros Roberto GRAU, assimilando-o às leis veiculadoras de planos econômicos, entende que o orçamento se trata de um ato-regra,<sup>185</sup> lei em sentido material.<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup>NASCIMENTO, C.V., op. cit., p.54.

<sup>182</sup>NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Da tributação e do orçamento e a nova constituição** (arts. 145 a 169). Rio de Janeiro: Aide, 1989. p.209.

<sup>183</sup>JARDIM, op. cit., p.58-59.

<sup>184</sup>OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de direito financeiro**. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.68.

<sup>185</sup>GRAU, Eros Roberto. A lei do plano. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.53-54, p.316, jan./jun. 1980.

<sup>186</sup>GRAU, **Planejamento econômico...**, p.229-230.

Segundo Fábio Konder COMPARATO, em regime democrático, é lei toda norma geral provinda direta ou indiretamente da vontade popular e editada no interesse comum do povo.<sup>187</sup>

A teor do disposto no artigo 165 da Constituição Federal, verifica-se, inapelavelmente, que o orçamento se trata de uma lei, ordinária, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo,<sup>188</sup> de vigência temporária (normalmente um ano), e que possui algumas limitações de natureza procedimental no seu trâmite e na possibilidade de ser alterada pelo Poder Legislativo.

Defender que a lei orçamentária se trata de mera lei formal resulta imaginar que não estabeleçam efetivamente obrigações à Administração Pública, atribuindo a esta uma liberdade que não tem e não pode ter, e transformando a atuação do Legislativo na elaboração do orçamento em pouco mais que uma formalidade.

Ao tempo em que o orçamento obriga a Administração Pública a atuar dentro de seus parâmetros, o que significa que, sem lei autorizatória, não há como fazer determinados gastos, ele garante aos cidadãos que não haverá gastos que este desconheça, que este sempre saberá do valor e da finalidade das despesas públicas, e que estas serão eficientes.

---

<sup>187</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.750, p.12, abr. 1998. Costuma-se também utilizar lei material para designar o conjunto de normas que prescrevem diretamente obrigações e direitos subjetivos, e lei formal para designar o conjunto de normas que estabelecem os meios judiciais de fazer valer aqueles estes direitos. Tércio Sampaio FERRAZ JR., atribui pouca clareza a esta classificação, e assume que o critério de inovar no ordenamento jurídico também não é correto, nem tem valor funcional para a teoria do direito, pois o ato administrativo e a sentença também o fazem. Utiliza-se da seguinte classificação: lei formal-material, lei geral ditada pelo órgão legislativo, lei formal, ditada pelo mesmo órgão, mas com alcance individual, e lei material, a de alcance geral, mas não elaborada pelo legislativo (regulamentos, ordenanças, instruções, circulares) (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.234; LINARES, op. cit., p.52-53.)

<sup>188</sup>Constituição Federal, artigo 84, inciso XXIII.

## 2.6 PRINCÍPIOS E SISTEMA ORÇAMENTÁRIO

### 2.6.1 Princípios Orçamentários

Não há, como em muitos aspectos do Direito, uma concordância com relação aos princípios que informam ao Direito Financeiro, no seu aspecto orçamentário. Há, sim, unanimidade na opinião de que existem princípios que regem esta atividade típica do serviço público.

E princípios são valores sociais absorvidos pelo Direito, e que funcionam como vetores de elaboração legislativa, e interpretação da legislação, direcionando a atuação administrativa e a decisão judicial.<sup>189</sup>

O objetivo de todos os princípios jurídicos informadores do orçamento é o de limitar o Executivo e propiciar um maior controle por parte do Legislativo.

Os autores divergem quanto aos princípios orçamentários no que diz respeito ao seu número e conformação, alguns dando mais amplitude a certos princípios, outros subdividindo-os, outros negando sua aplicabilidade atual, outros, ainda, afirmando-a. Mas alguns princípios são presentes nos estudos e reconhecidos pela maioria da doutrina nacional e estrangeira, e a estes se fará breve referência.

O princípio da **unidade**, tradicional no ordenamento constitucional brasileiro,<sup>190</sup> exige que conste o orçamento de um documento único, razão pela qual

---

<sup>189</sup>“Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-se, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social”. (ROCHA, **Princípios constitucionais**..., p.21.)

<sup>190</sup>Constituição Federal de 1934, artigo 50; Constituição Federal de 1937, artigo 68; Constituição Federal de 1946, artigo 73.

é denominado de princípio formal.<sup>191</sup> José Afonso da SILVA, considerando que a própria lei orçamentária é composta de vários orçamentos (fiscal, de investimentos, da seguridade), interpreta que a unidade do orçamento é relativa à sua integração no sistema de planejamento/orçamento, dentro de uma política orçamentária única, de estruturação uniforme.<sup>192</sup>

O princípio da **universalidade** é o que determina que no orçamento se devem conter todas as previsões com respeito à receita e despesa do Estado, para o período a que se refere. O orçamento deve prever (ou conter) todas as receitas e despesas a serem executadas,<sup>193</sup> com isto propiciando uma visão geral dos totais envolvidos na atividade financeira do Estado. Ao mesmo tempo, ao discriminar os principais elementos de despesa, de forma discriminada,<sup>194</sup> demonstra-se a finalidade dos respectivos gastos.

Esse princípio exige, igualmente, que não se deduzam das receitas as eventuais despesas para sua arrecadação. É em termos contábeis o que se conhece por princípio do orçamento bruto.

Com a atenção a esse princípio se permite a visualização do impacto da atividade estatal sobre a economia como um todo, ao demonstrar as receitas que serão retiradas da sociedade, e o destino destas rendas.

Outro princípio orçamentário a ser mencionado é o da **anualidade**, que estabelece a necessidade da existência de um orçamento a cada ano. Este princípio, surgido nos primórdios da assunção das autorizações orçamentárias pelo Parlamento, foi instituído para obrigar o monarca a convocar o Legislativo, pelo menos uma vez ao ano.

---

<sup>191</sup>OLIVEIRA; , HORVATH; TAMBASCO, op. cit., p.73.

<sup>192</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996. p.675-675. Tupinambá NASCIMENTO afirma que a abertura de crédito suplementar, especial ou extraordinário é exceção ao princípio da unidade. (op. cit., p.212.)

<sup>193</sup>Constituição Federal, artigo 165, parágrafo 5.º.

<sup>194</sup>Lei n.º 4.320/64, artigo 15. O princípio da especificação será tratado no capítulo 3.

Existem autores que o entendem superado,<sup>195</sup> à consideração de que há outros tipos de instrumentos orçamentários que ultrapassam o período anual, por exemplo, o plano plurianual. Mas, de qualquer maneira, além de decorrer da interpretação de um dispositivo constitucional, em que há a exigência de lei orçamentária *anual*,<sup>196</sup> ainda é necessário para fins de controle, pois tradicionalmente se julgam as contas dos administradores públicos anualmente.

É normal que o orçamento tenha vigência coincidente com o ano civil, o que no Brasil é determinado pelo artigo 34 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, e que poderá ser alterado pela da lei complementar prevista no artigo 165, parágrafo 9.º, inciso I da Constituição Federal.<sup>197</sup>

Em alguns países essa coincidência não ocorre, como, por exemplo, nos Estados Unidos, cujo exercício financeiro vai de 1.º de julho a 30 de junho do ano seguinte; na Alemanha e Grã-Bretanha, de 1.º de abril a 31 de março do ano seguinte.<sup>198</sup>

Há outras situações em que o exercício orçamentário tem a duração de um ano, mas com um período adicional, utilizado para o encerramento das operações, como, por exemplo, o pagamento de despesas. Nestes casos, o exercício financeiro não coincide com o ano financeiro.

Vinculado de forma estreita ao princípio da unidade está o da **anterioridade**, que exige que a execução das despesas seja precedida de orçamento ou, em outras palavras, proíbe que o Estado arrecade receita ou realize despesa sem que esteja prevista orçamentariamente.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup>OLIVEIRA; , HORVATH; TAMBASCO, op. cit., p.72.

<sup>196</sup>Constituição Federal, artigo 165, parágrafo 5.º.

<sup>197</sup>A Lei Complementar n.º 101, de 04.05.2000, também chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal, não modificou esta regra de coincidência do exercício financeiro com o ano civil.

<sup>198</sup>PINTO FERREIRA, op. cit., p.50.

<sup>199</sup>Constituição Federal, artigo 167, inciso I, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Outro princípio, vetor, norte a direcionar a atuação do Administrador Público, é o princípio da **exclusividade**, pelo qual se proíbe de constar na lei orçamentária dispositivos estranhos à previsão das receitas e fixação das despesas: na lei orçamentária somente se tratará de matéria relativa a orçamento.<sup>200</sup>

O objetivo manifesto de tal princípio é evitar a inclusão de matérias extra-orçamentárias na lei do orçamento, com isto evitando as chamadas caudas orçamentárias ou os *orçamentos rabilongos*.<sup>201</sup>

Inexistente esta proibição, o Poder Legislativo inseria no projeto de lei orçamentária matérias estranhas ao orçamento, aproveitando o prazo restrito de sua discussão ou o fato de que o Executivo não o poderia rejeitar, sendo aprovados dispositivos regulando outras matérias, como o direito civil, trabalhista etc., que, por estranhas ao orçamento (principal), tornavam-se as caudas (acessório).<sup>202</sup>

Este expediente não foi de uso ancestral apenas no Brasil, mas nos Estados Unidos da América, na Alemanha e na Inglaterra foi igualmente utilizado (respectivamente *riders* (cavaleiros), *Bepackung* (empacotamento), *tacks* (prendedores)).<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup>Constituição Federal, artigo 165, parágrafo 8.º Constituição Espanhola, artigo 134.7

<sup>201</sup>Expressão cunhada por Ruy Barbosa.

<sup>202</sup>Essa prática propiciou desde nomeações de servidores até alterações em legislação de desquite, e foi de tal forma difundida que foi reunida uma coletânea das disposições de natureza permanente constantes de leis orçamentárias.

<sup>203</sup>A denominação *riders* (quem cavalga) seria devida à circunstância de “cavalgarem” as disposições orçamentárias, ultrapassando o processo legislativo sem grandes embaraços, considerando a necessidade de aprovação do orçamento. (MAXIMILIANO, op. cit., p.130; BALEEIRO, **Uma Introdução...**, p. 417-418; PONTES DE MIRANDA, **Comentários...**, p.199-200). José CRETELLA JR. a folhas 3778, de seus Comentários à Constituição Brasileira de 1988, critica esta interpretação, porque a palavra *rider* também é traduzida por adição, que considera melhor aplicável ao caso (**Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. arts. 145-169. v.7.). PINTO FERREIRA, a folhas 44 de seus Comentários à Constituição Brasileira, afirma que no artigo 8.º da Constituição Francesa de 1791 já existia proibição de introduzir-se disposição estranha ao orçamento em sua legislação, e na Alemanha, na Constituição de Weimar (1919), no artigo 85. (op. cit.).

Com a inserção do princípio da exclusividade no ordenamento constitucional brasileiro mediante a alteração promovida no parágrafo primeiro do artigo 34 da Constituição de 1891, por meio da Emenda de 1926, que determinou: “as leis de orçamento não podem conter disposições estranhas à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados”, acabou-se com esta prática nefasta.<sup>204</sup>

Finalmente, o último princípio a que se faz referência é o da **não afetação**, ou da não vinculação,<sup>205</sup> que proíbe atribuir-se às receitas de impostos, despesas a serem realizadas por órgão, fundo.

Anteriormente<sup>206</sup> não havia a proibição de vinculação de receitas de tributos a fundo ou despesa, disto resultando que o Poder Executivo ficava tolhido nas suas possibilidades de trabalho, porque mesmo as receitas destinadas à satisfação das despesas gerais (impostos) muitas vezes já vinham com destinação específica.

Mediante este princípio se assegura que as receitas tributárias não vinculadas (impostos), não sofram limitações quanto à sua aplicação, manietando-se o administrador pela indisponibilidade do maior montante de receitas de que dispõe.

---

<sup>204</sup>O princípio foi prestigiado nas demais constituições brasileiras: Constituição Federal de 1934, artigo 50, parágrafo 3.º; Constituição Federal de 1937, artigo 70; Constituição Federal de 1946, artigo 73, parágrafo 1.º; Constituição Federal de 1967, artigo 63; Constituição Federal de 1967 alterada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, artigo 60.

<sup>205</sup>Expresso no artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal.

<sup>206</sup>“A Constituição de 1967 deixou margem à arrecadação vinculada. Ou porque se trate de imposto único, ou porque a própria Constituição o haja previsto ou estabelecido, ou porque conste de lei complementar. Todavia, pode a lei, que se refere ao imposto ou à taxa (o art. 62, § 2.º, fala de “tributos”), estatuir que o produto dele há de ser incluído na receita do orçamento de capital. Se tal se fez, do importe não se pode tirar para custeio de despesas correntes”. (PONTES DE MIRANDA, **Comentários...**, p.207.)

## 2.6.2 Sistema Constitucional Orçamentário

O legislador constituinte de 1988, seguindo a tradição de reconhecer a importância da atividade financeira do Estado e a necessidade de sua estrita regulação, dedicou em nossa Constituição Federal, o capítulo II do título IV (Da Tributação e do Orçamento), ao assunto das Finanças Públicas (artigos 163 a 169).

Nesse capítulo, dividido em duas seções (Normas Gerais e Dos Orçamentos), está apresentado o arcabouço constitucional que regula a atividade financeira estatal. A primeira seção trata de normas relativas a finanças públicas, dívida interna e externa, garantia, emissão de títulos de dívida pública, operações de câmbio e funções de instituições oficiais de crédito, e das atribuições do Banco Central do Brasil enquanto agente de política monetária, prevendo a necessidade de legislação complementar para regular estes aspectos.

A segunda seção é a que interessa ao presente trabalho, pois se refere aos Orçamentos, demonstrando os princípios e normas que regem sua elaboração, discussão, emenda e votação.

A necessidade de lei complementar para estabelecer regras orçamentárias está prevista no artigo 165, parágrafo 9.º, da Constituição Federal, e esta deverá dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização das leis orçamentárias (inciso I), e estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da Administração Pública, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos (inciso II).

A mesma lei deverá tratar da forma de repasse dos recursos das dotações orçamentárias do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público.<sup>207</sup>

Em 04 de maio de 2000 foi baixada a Lei Complementar n.º 101, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, em atenção a esta determinação constitucional. De qualquer maneira, por recepcionada pela Constituição Federal no

---

<sup>207</sup>Constituição Federal, artigo 168.

que com ela não colidiu, permanece em vigor a Lei n.º 4.320/64, que dispõe sobre Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados e Municípios e do Distrito Federal, da contabilização de despesas e receitas e de elaboração orçamentária.

O sistema orçamentário constitucional brasileiro é formado por três leis: a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a própria lei orçamentária anual. A existência destas leis é obrigatória para as três esferas de atuação politicamente autônoma, quais sejam, União, Estados e Distrito Federal, e Municípios.<sup>208</sup>

O plano plurianual de investimentos, previsto no artigo 165, parágrafo 1.º, estabelece “de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

É nesse plano que se fixam as prioridades quanto às despesas de capital, que são os gastos normalmente destinados ao incremento da oferta de bens e serviços públicos, referidos a despesas com máquinas, equipamentos, construções, entre outras. De outra parte, existem as denominadas despesas correntes, que são as vinculadas à manutenção do aparelho estatal, seu funcionamento regular, referindo-se a dispêndios com pessoal, material de consumo e expediente etc.<sup>209</sup>

Então, o primeiro instrumento legislativo de planejamento é o plano plurianual, conhecido também como plano plurianual de investimentos, considerando a finalidade dos gastos que prevê. Os planos regionais, setoriais ou nacionais, previstos pela Constituição Federal, deverão ser compatíveis com este plano.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup>A lei de diretrizes orçamentárias tem sua origem nos sistemas alemão e francês. (PINTO FERREIRA. op. cit., p.80-82.). Critica Ricardo Lobo TORRES, que sendo aquelas matrizes de governo parlamentar, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Comissão Mista de Orçamento, são instrumentos não adaptáveis ao nosso sistema de governo, presidencial. (**O orçamento...**, p.32, 34 e 52.)

<sup>209</sup>A classificação em despesas correntes e de capital é dada pela Lei n.º 4.320/64, a partir de critérios de natureza econômica.

<sup>210</sup>Constituição Federal, artigo 165, parágrafo 4.º.

O segundo instrumento orçamentário é a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), cujas finalidades são: especificar as metas e prioridades da administração pública federal e orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispor sobre as alterações na legislação tributária, estabelecer a política de aplicação das agências oficiais de fomento e selecionar as despesas de capital que deverão ser efetuadas no exercício subsequente, como ordena o parágrafo 2.º do artigo 165 da Constituição Federal. Ainda nesta lei deve ser autorizada a concessão de qualquer vantagem, aumento de remuneração, criação de cargos, empregos e funções, ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal a qualquer título.<sup>211</sup>

De uma interpretação sistemática dos dispositivos orçamentários, deflui que esta normativa deve ser anual, pois orienta a elaboração de cada lei orçamentária, apontando as prioridades a serem nela incluídas, e em razão do dispositivo constitucional que determina que o Congresso Nacional não entrará em recesso enquanto não votada esta lei.<sup>212</sup> Discorda desta posição Luiz Celso de BARROS, defendendo que a lei de diretrizes orçamentárias é lei permanente.<sup>213</sup>

A última lei exigida pela Constituição Federal, na matéria, é a denominada lei orçamentária anual (também conhecida como lei de meios), na qual são previstos os recursos que serão arrecadados durante o exercício financeiro e fixadas as correspondentes despesas em que serão aplicados. Compreenderá os orçamentos fiscal dos Poderes da União, fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, o orçamento de investimento das empresas em que a União detém, de forma direta ou indireta, a maioria do capital votante, e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as

---

<sup>211</sup>Constituição Federal, artigo 169, parágrafo 1.º, inciso I.

<sup>212</sup>Constituição Federal, artigo 57, parágrafo 2.º.

<sup>213</sup>BARROS, op. cit., p.320 e 314.

entidades e os órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.<sup>214</sup>

Essa lei não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e fixação da despesa, exceto a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita (princípio da exclusividade, acima mencionado). Não há, no sistema brasileiro, a possibilidade aberta no ordenamento jurídico espanhol, que permite a modificação de tributos, quando houver a previsão numa lei tributária substantiva.<sup>215</sup>

Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, bem como a seus créditos adicionais, serão propostos pelo Presidente da República<sup>216</sup> e apreciados em sessão conjunta<sup>217</sup> pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum, cabendo a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados examinar e emitir pareceres sobre estes projetos.<sup>218</sup>

Essa Comissão tem a elevada função de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, e emitir parecer sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República.<sup>219</sup> E as propostas de emenda a qualquer

---

<sup>214</sup>Constituição Federal, artigo 165, parágrafo 5.º e incisos I a III.

<sup>215</sup>A Constituição Espanhola de 1978 prevê em seu artigo 134.7 “*La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea*”.

<sup>216</sup>Aponta José CRETELLA JR., a folhas 3814, de seus Comentários à Constituição Brasileira de 1988, que há redundância entre as disposições do artigo 165, incisos I, II e III, que atribui iniciativa ao Poder Executivo nas leis orçamentárias, e o artigo 166, parágrafo 6.º da Constituição. (**Comentários à constituição...**, arts. 145-169.)

<sup>217</sup>Constituição Federal, artigo 166, *caput*.

<sup>218</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 1.º.

<sup>219</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 1.º, incisos II e I, respectivamente.

um dos projetos relativos àquelas leis de natureza orçamentária, serão apresentadas a essa Comissão, que sobre eles emitirá parecer.<sup>220</sup>

Há vários mecanismos limitando a possibilidade de apresentação de emendas ao orçamento anual.<sup>221</sup> Somente se admitem emendas ao projeto de lei orçamentária, a serem apresentadas para apreciação da mencionada Comissão mista, desde que estas, primeiramente, não sejam incompatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Considerando que o planejamento orçamentário é um processo integrado pelos três instrumentos legislativos citados, a limitação que se menciona, é de natureza legal e lógica, pois seria incongruente admitir-se a incompatibilidade do orçamento com as demais leis. A exigência da compatibilidade entre o orçamento e as demais leis orçamentárias<sup>222</sup> talvez fosse desnecessária, mas, como em alguns outros pontos de nossa Constituição, pecou-se pelo excesso, não pela falta. O sistema orçamentário é integrado e dependente. Se não existe a previsão de que seja executada certa obra, no plano plurianual, ou se a lei de diretrizes orçamentárias não a selecionou para ser incluída no orçamento anual, não pode ser aceita emenda que reserve recursos para esta obra.<sup>223</sup> Como o projeto de lei orçamentária, a proposta de emenda do projeto de lei de diretrizes orçamentárias deve ser compatível com o plano plurianual.<sup>224</sup>

---

<sup>220</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 2.º.

<sup>221</sup>Sob a Constituição Federal de 1967 (artigo 66, *caput*) não se admitiam emendas ao projeto de lei orçamentária que o Presidente da República deveria encaminhar ao Poder Legislativo até quatro meses antes do término do exercício financeiro. O Congresso tinha até 30 (trinta) dias antes de findar o exercício financeiro para devolvê-lo à sanção. Esgotado o prazo sem deliberação final, era promulgado como lei o projeto inicial.

<sup>222</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 4.º.

<sup>223</sup>Constituição Federal, artigo 167, parágrafo 1.º.

<sup>224</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 3.º, inciso I e parágrafo 4.º.

Ainda entre as limitações ao poder de emenda de que dispõe o Legislativo, está a de que as alterações propostas somente poderão obter aprovação se não criarem despesas extras, apontando para a despesa prevista anulações de valor correspondente em outros itens de despesa, à exceção dos relativos às dotações para pessoal e seus encargos, para serviços da dívida, e quanto às transferências constitucionais para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Então, existe uma parcela do orçamento nacional intangível ao Poder Legislativo, qual seja, a que se refere a pessoal e encargos, serviços da dívida e transferências constitucionais. Sendo da competência privativa do Presidente da República o envio do plano plurianual, do projeto de lei de diretrizes orçamentárias e da proposta de orçamento, estas previsões que são feitas pelo Poder Executivo, quando se referem àquelas matérias, assumem o cunho de *decisões*, que o Poder Legislativo apenas ratifica, corrobora, chancela.

Somadas tais limitações, resta ao Poder Legislativo uma margem percentualmente estreita de atuação na escolha das despesas do Estado, pois deve ser considerado o histórico brasileiro de elevados montantes de despesas com pessoal e altíssimos níveis de endividamento público.<sup>225</sup>

Finalmente, são admitidas emendas relacionadas à correção de erros ou omissões, ou com os dispositivos do texto do projeto de lei que, repise-se, não podem ser estranhos à previsão da receita ou à fixação da despesa.

Existem dúvidas quanto à possibilidade de rejeição total do projeto de lei orçamentária, considerando Celso BASTOS<sup>226</sup> que, como no caso dos recursos sem despesa correspondente em razão de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei

---

<sup>225</sup>Ricardo Lobo TORRES, em obra lançada após o episódio conhecido como “Escândalo do Orçamento”, entende que seria mais adequado limitar ainda mais o poder de reforma dos parlamentares, na esteira dos modelos alemão e francês, que noutros pontos critica (**O orçamento...**, p.34.)

<sup>226</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.80.

orçamentária,<sup>227</sup> devem ser utilizadas autorizações legislativas específicas criando créditos especiais ou suplementando créditos existentes. Esta solução não resolve o problema, pois no direito financeiro nacional<sup>228</sup> sendo os créditos suplementares e especiais **adicionais** ao orçamento, remanesce a pergunta: adicionar (somar) a que, já que não existe orçamento?

Eduardo Marcial Ferreira JARDIM<sup>229</sup> defende que na hipótese de rejeição do projeto de lei orçamentária, dever-se-ia recorrer aos créditos extraordinários, hipótese que estaria prevista no parágrafo 3.º do artigo 167 da Constituição Federal, e na Lei n.º 4.320/64.

Adilson Abreu DALLARI<sup>230</sup> advoga a tese da impossibilidade de rejeição integral (ou de veto total) do projeto de lei orçamentária. Chega a esta conclusão a partir do raciocínio de que a rejeição seria uma forma radical de emenda, e como existem áreas vedadas a emenda legislativa,<sup>231</sup> a Constituição implicitamente proíbe a modificação total do projeto orçamentário. Da mesma maneira, considera que se a Constituição prevê que os recursos que ficarem sem despesas correspondentes, em razão de veto, emenda ou rejeição poderão ser utilizados mediante créditos especiais ou extraordinários, esta circunstância exige um orçamento aprovado, pois aqueles créditos devem estar efetivamente vinculados a um orçamento. Finalmente, defende que, na hipótese de rejeição integral, deve ser promulgado como lei o projeto original.

---

<sup>227</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 8.º.

<sup>228</sup>Lei n.º 4320/64.

<sup>229</sup>JARDIM, op. cit., p.62.

<sup>230</sup>DALLARI, Adilson Abreu. Lei orçamentária - processo legislativo - peculiaridades e decorrências. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.19, p.59-61, abr./jun. 1997.

<sup>231</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 3.º, inciso II, letras **a a c**.

Comunga desse entendimento James GIACOMONI,<sup>232</sup> sob a argumentação de que a previsão constitucional de existência de créditos suplementares é incompatível com a rejeição total, pois somente se suplementam créditos concedidos.

Celso BASTOS também entende que a forma de veiculação do crédito extraordinário é o decreto do Poder Executivo,<sup>233</sup> do que discordam Clèmerson Merlin CLÈVE, Tupinambá NASCIMENTO e Carlos Valder do NASCIMENTO, os quais defendem que os créditos extraordinários devem ser abertos por Medida Provisória<sup>234</sup> quando se tratar do Presidente da República.

Neste ponto conclui-se a discussão em que a partir da notícia histórica das condições culturais e econômicas sob o influxo das quais admitiu-se o planejamento nos países de economia capitalista, demonstrou-se sua atual imprescindibilidade na atividade da Administração Pública, pois o Estado Democrático de Direito assumiu funções das quais no passado estava desonerado.

A influência do Estado enquanto agente econômico salientou-se, como comprovaram os estudos de Economia Política, sendo de grande importância a realização de gastos planejados e direcionados para atingir os resultados previamente fixados. Neste sentido, a Administração Pública deve obter, anualmente, autorização legislativa para qualquer gasto que pretenda executar no período, em atenção ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. Há, pois, em busca da eficiência do gasto público, estreita vinculação do planejamento com o processo de orçamentação das despesas.

O orçamento trata-se de uma lei, ordinária, de processo legislativo especial, que demonstra as opções fundamentais da Administração Pública para um período determinado, e cumpre ainda outras funções (econômicas, políticas e jurídicas).

---

<sup>232</sup>GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 8.ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 1998. p.215.

<sup>233</sup>BASTOS, op. cit., p.85.

<sup>234</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.80; NASCIMENTO, T.M.C., op. cit., p.224; NASCIMENTO, C.V., op. cit., p.87.

Com a análise de disposições constitucionais de natureza orçamentária e dos princípios que as informam, concluiu-se pela existência de um sistema constitucional orçamentário, fixador e informador da ação administrativa neste campo, demonstrando-se, igualmente, seus principais limites e vedações positivadas.

Essas reflexões e as do capítulo precedente serão utilizadas para tratar dos limites que o ordenamento jurídico pátrio apresenta quanto às possibilidades de atuação discricionária no campo das despesas públicas, a partir da consideração de que o orçamento obedece uma racionalidade decorrente do planejamento, e em consequência suas alterações devem estar consentâneas com os objetivos acatados pela legislação orçamentária.

### 3 DISCRICIONARIEDADE NA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

#### 3.1 PRELIMINARES

Como visto anteriormente, a elaboração da proposta orçamentária dá-se no âmbito do Poder Executivo, que encaminha o projeto à apreciação do Poder Legislativo, o qual, após a discussão e aprovação, devolve-o à sanção. Esta aprovação parlamentar expressa um consenso em torno das grandes opções de política econômica e social, como acentua Álvaro Rodrigues BEREIJO.<sup>235</sup>

Sancionado o projeto de lei orçamentária, a partir do início do exercício financeiro,<sup>236</sup> começa a sua execução, que é precedida, acompanhada ou seguida do controle. No Brasil, com a Constituição de 1967, abandonou-se o controle prévio da despesa orçamentária, mas existe a possibilidade de a despesa ter um controle concomitante, o que é menos comum, ou posterior, que se dá na maioria dos casos.<sup>237</sup>

A fiscalização da execução orçamentária pode ocorrer de duas formas: ou pelo chamado sistema de controle interno de cada Poder, ou por meio de controle externo, institucionalmente exercitado pelo Poder Legislativo, no Brasil auxiliado pelos Tribunais de Contas.<sup>238</sup> Existe ainda a fiscalização exercida pelo cidadão, mediante o denominado controle popular ou social, objeto de algumas disposições constitucionais<sup>239</sup> e da recente Lei de Responsabilidade Fiscal.<sup>240</sup>

---

<sup>235</sup>BEREIJO, Álvaro Rodrigues. Orçamento – I. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.94, p.21-22, abr./jun. 1990.

<sup>236</sup>Variável, conforme visto no item 2.6.1.

<sup>237</sup>Existem três formas de controle da execução orçamentária quanto ao momento em que é realizado: o prévio, o concomitante e o posterior, conhecidos como sistema italiano, belga e francês.

<sup>238</sup>Constituição Federal, artigos 70 e 71.

<sup>239</sup>Constituição Federal artigo 31 § 3.º, artigo 74 § 2.º e 165 § 3.

<sup>240</sup>Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, artigos 48 a 55.

A Administração Pública, na sua atuação, está sujeita à obediência de princípios, alguns de natureza geral, como o princípio da legalidade, da publicidade, da impessoalidade, da motivação, da eficiência; outros de natureza tributária (isonomia entre contribuintes, proibição de tributo com efeitos confiscatórios etc.) ou orçamentária (anualidade, não afetação etc.).<sup>241</sup>

Na Constituição Federal vigente, nos dispositivos que cuidam da matéria financeira e, em especial do Direito Financeiro, foi dada grande ênfase ao segmento dos ingressos públicos, ao aspecto tributário, sem que a correspondente importância fosse assegurada às despesas.

Enquanto se dá destaque à receita, principalmente de natureza tributária, cercado de garantias o cidadão, protegendo-o contra as investidas do Estado fiscal, pelo lado das despesas exige-se, aparentemente, apenas o atendimento à legalidade, tanto na elaboração quanto na execução orçamentárias, deixando quase que de forma integral à mera decisão política, portanto discricionária, as transposições e os remanejamentos de verbas.<sup>242</sup>

---

<sup>241</sup>Aspectos discutidos no item 2.6.1.

<sup>242</sup>Verifica-se, aqui, na prática, a tentativa de utilização do ato administrativo de remanejamento de verbas como um ato político. Não se o concebe, assim, entretanto. De difícil definição, segundo J. CRETELLA JR. o ato de governo (espécie do qual se desdobra o gênero ato administrativo) é “Mais elástico em seus movimentos do que o *ato discricionário*, balizado, por exemplo, pelo *fim* a atingir-se, situando-se no pólo oposto ao em que se acha o *ato vinculado*, não tendo o menor ponto de contato com o *ato arbitrário*, negação, este último, do jurídico, o *ato político* atua em esfera difícil de ser demarcada ponto por ponto, porque a *discricionabilidade política* está desvinculada de fórmulas apriorísticas que, existentes, destituiriam a ação governamental da benéfica plasticidade que lhe é inerente e que possibilita ao Chefe do Executivo, sensível à conjuntura do momento, a intervenção contínua, oportuna, conveniente e rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente”. Contudo, embora seja a discricionabilidade do ato político maior do que a do ato administrativo, o ato de móveis não exclusivamente políticos pode ser contrastado judicialmente (Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n.95, p.73-84, jul./set. 1987. p.80.). Cristina M.M. QUEIROZ, com fundamento nas lições de Charles Eisenmann, Georges Vedel, Jean Rivero e Garcia de Enterría, conclui que não existe uma categoria jurídica autônoma dos atos de governo, e que sua controlabilidade é feita através da sua conformidade não com a lei mas com a Constituição (Op. cit., p.127 e 178.)

Esse tipo de atuação, em que o Estado é controlado pelo ângulo das receitas, com todas as limitações que lhe são postas, porém pouco atado ou quase livre sob o aspecto das despesas, parece demonstrar que o Estado Brasileiro, no plano orçamentário, é só formalmente controlado.

A realização da despesa orçamentária inicia-se com o seu planejamento e sua programação, consubstanciando o que se denomina “orçamentação”. Ultrapassada esta etapa, vem a fase de execução da despesa propriamente dita, ou seja, dos gastos reais, que envolve a seleção dos fornecedores de bens e serviços, seguindo-se o empenhamento, a liquidação, a ordem de pagamento e o pagamento das despesas.

De acordo com o montante a ser gasto, há que se cogitar que a escolha do fornecedor do bem ou serviço seja precedida de uma seleção pública,<sup>243</sup> obedecendo a alguns critérios legais (preço, técnica, técnica e preço).<sup>244</sup>

As despesas orçadas deverão ser atendidas ao longo do período com as receitas nele arrecadadas ou disponibilizadas, porém há que se ressaltar que os recursos que adentram nos cofres públicos não são automaticamente destinados a um gasto previamente fixado, mas sim compõem o “caixa único”, em obediência ao princípio da “unicidade do caixa” e o da “não afetação”, que proíbe a vinculação de receita de impostos a despesa específica.

A função do administrador é determinar em que ordem de prioridade serão atendidas aquelas previsões de despesas para o exercício, ou até as despesas imprevistas, quando deverá abrir crédito especial ou extraordinário,<sup>245</sup> conforme o

---

<sup>243</sup>Ver artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e a Lei n.º 8.666/93.

<sup>244</sup>Critérios da Lei n.º 8.666/93.

<sup>245</sup>O crédito especial é o destinado a cobrir despesa não inicialmente prevista no orçamento, e o crédito extraordinário destina-se à satisfação de despesas decorrentes de calamidades públicas, graves problemas sociais, convulsão civil ou guerra.

caso. Administrar, então, é escolher adequadamente as necessidades que prioritariamente serão satisfeitas com recursos à disposição do Erário.<sup>246</sup>

Esse é o denominado ciclo orçamentário, que compreende quatro fases, quais sejam, a elaboração,<sup>247</sup> a discussão e aprovação,<sup>248</sup> a execução e o controle,<sup>249</sup> não havendo, como sempre se dá quanto a classificações, a unanimidade.<sup>250</sup>

O orçamento, no sistema de planejamento que dirige a atuação estatal, é o estabelecimento de prioridades a serem observadas no desenvolvimento da atuação estatal. A cada exercício financeiro, ao lado das despesas necessárias ao funcionamento da estrutura estatal, são estabelecidos os programas, projetos ou as atividades que receberão uma maior atenção durante o período. É por isso, igualmente, que o orçamento é considerado um plano, a documentação de um planejamento.

Verifica-se que na eleição das prioridades contidas no orçamento é inarredável a **valoração** de aspectos ou necessidades que clamam por premente atendimento, que é informada por toda ordem de interesses.

Porém, não parece haver a liberdade que se auto-atribuem os governantes ao manusear o orçamento, cabendo observar que esta peça fundamental de execução das

---

<sup>246</sup>Isto porque “em síntese, a ordem jurídica, no tocante à disciplina das finanças públicas, não admite atuação empírica, incerta, insegura, desmedida ou mesmo aventureira e temerária”, como defende Adilson Abreu DALLARI. (Lei orçamentária..., p.58.)

<sup>247</sup>Constituição Federal, artigo 84, inciso XXIII, e 165, *caput* e incisos I a III.

<sup>248</sup>Constituição Federal, artigo 166.

<sup>249</sup>Constituição Federal, artigos 31, *caput* e parágrafos 1.º e 2.º, 70, 71, 72, 74, *caput* e § 1.º, e 75 (controles externo e interno), 165, § 3.º e 31, § 3.º e 74, § 2.º (controle popular).

<sup>250</sup>CORONA, Juan F.; DÍAZ, Amelia. **Teoría básica de hacienda pública**. Barcelona: Ariel, 1994. p.74. As fases, para Luiz Celso de BARROS, são: Proposta do Executivo, Apreciação Parlamentar, Retorno ao Executivo, Execução Orçamentária e Fim do Ciclo Orçamentário (op. cit., p.310). E para Aliomar BALEEIRO, são cinco: proposta do Executivo; discussão e aprovação pelo Congresso; sanção pelo Presidente e execução; controle da execução orçamentária e parecer sobre as contas, de parte do Tribunal de Contas; julgamento das contas pelo Congresso. (**Uma introdução...**, p.419.)

políticas públicas encontra-se num estágio primário, carente de desenvolvimento e de aperfeiçoamento no que diz respeito à atuação do controle orçamentário.

Comumente constata-se que os administradores públicos se utilizam de autorização contida habitualmente na lei orçamentária, e promovem alterações, transposições ou transferências de dotação orçamentária, entre categorias de despesas, de tal forma que acabam por desvirtuar a feição do orçamento.

Não raro, ao final do exercício financeiro, quando o balanço orçamentário demonstra efetivamente os gastos, verifica-se que a despesa realizada é distanciada do orçamento inicialmente apresentado, discutido e aprovado pelo Poder Legislativo.

Não se pode imaginar que o constituinte de 1988, tão cioso da compatibilização entre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária, no momento da execução deixasse ao alvedrio do governante a escolha dos programas e prioridades. Há, portanto, uma proibição implícita ao Administrador Público para que este deixe de proceder movimentações orçamentárias que não atendam especificamente às finalidades postas na lei orçamentária.

Ora, se não há sequer a possibilidade de ser alterado projeto de lei orçamentária, por meio de emenda que seja incompatível com as demais leis que tratam do orçamento – conforme discutido no capítulo 2 –, mais se justifica a impossibilidade de o administrador utilizar-se de meios que resultem em execução do orçamento em oposição ou não conformidade com aquelas leis.

Deflui, pois, do raciocínio desenvolvido que, na hipótese de entrada de numerário aos cofres públicos, não há que se cogitar de liberdade desmedida e incontida que permita ao administrador proceder à escolha entre qualquer das despesas previamente orçadas para efetuar seu pagamento. Há, obviamente, discricionariedade nesta escolha, porém limitada nos termos já expostos anteriormente.<sup>251</sup> Embora haja a devida previsão orçamentária para o pagamento de

---

<sup>251</sup>Conforme exposto no item 1.5, deste trabalho.

qualquer das despesas, estas não são indiferentes entre si, de tal forma que seja permitido o pagamento de uma ou outra, executada uma obra ou outra, apenas obedecida a formalidade da transposição<sup>252</sup> orçamentária.

Há uma série de limites ao atuar do administrador no momento em que este promove uma alteração de natureza orçamentária, limites explícitos alguns, implícitos outros, e os quais serão abordados na seqüência deste trabalho.

### 3.2 EFICÁCIA DA LEI ORÇAMENTÁRIA

O orçamento, enquanto plano de trabalho, reúne as alternativas apresentadas pelo Executivo e aprovadas pelo Legislativo, para os gastos a serem efetuados pelo Estado, num determinado período.

Cuida-se, neste ponto, de uma lei, emitida em obediência ao rito estabelecido para o processo legislativo, e como resultado da atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo. Logo, trata-se de um plano com uma eficácia jurídica.<sup>253</sup>

Eros Roberto GRAU, discutindo a natureza jurídica do plano econômico – de evidente aproximação com o orçamento – assegura que se trata de uma norma-objetivo, categoria a ser colocada ao lado da tradicional divisão normas de

---

<sup>252</sup>“Artifício destinado a evitar a abertura de créditos adicionais, por meio do qual se promove a utilização de dotações, ou de saldos que se tornaram inaproveitáveis nos fins originalmente destinados, para suprir ou complementar outras dotações cujos montantes se apresentem insuficientes. Equivale, em termos concretos, ao remanejamento de recursos orçamentários de uma dotação para outra sem o concurso de créditos adicionais”, conforme a definição encontrada no **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**, de Osvaldo Maldonado SANCHES (Brasília: Prisma, 1997. p.269-270.)

<sup>253</sup>Item 2.6.

organização e normas de conduta.<sup>254</sup> Tais normas veiculam objetivos concretos a serem alcançados pelos seus destinatários.<sup>255</sup>

Prosseguindo, ressalta que as contestações à juridicidade<sup>256</sup> dessas normas se dão em dois planos: ausência de sanção jurídica à sua inexecução, e sua flexibilidade, que possibilita a adaptação pelo Poder Executivo, quando da aplicação das disposições normativas.

Ao primeiro argumento rebate demonstrando que não é da essência da norma jurídica a sanção, que atua no plano da eficácia e não da vigência da norma. A norma, então, é vigente, espraiando seus efeitos, mesmo sem a concretização da sanção, e tem certa eficácia, ainda que somente jurídica, que é a possibilidade da geração de efeitos.<sup>257</sup>

Quanto ao segundo fundamento contrário à juridicidade das normas-objetivo – flexibilidade e possibilidade de modificação pelo Poder Executivo –, averba o autor que há diferenças entre revisar e adaptar um plano. Defende que a adaptação não é uma modificação, é uma função exercida pelo Executivo no interesse do Legislativo, sendo

---

<sup>254</sup>Miguel REALE esclarece que normas que normas de conduta seriam as destinadas a “disciplinar o comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral; enquanto que outras possuem um *caráter instrumental*, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada”, e que seriam as normas de organização. (**Lições preliminares...**, p.96 e segs.)

<sup>255</sup>Eros Roberto GRAU esclarece que nessas normas se estabelece uma “obrigação de resultado, deixando-se porém aos seus destinatários a opção pelos meios e formas de comportamento a dinamizar, na busca de sua realização.” (A lei do plano, p.317; **Planejamento econômico...**, p.242-243.)

<sup>256</sup>Caracteriza esse autor a norma objetivo como ato-regra, por possuírem caráter geral, heteronomia e bilateralidade atributiva. (GRAU, A lei do plano, p.320-321.)

<sup>257</sup>Utiliza-se Eros GRAU, nesta exposição da lição de José Afonso da SILVA, que discute, em pormenores, as diferenças entre positividade, vigência e eficácia do Direito, concluindo que a primeira refere-se à própria existência do direito escrito, a vigência, ao direito presente, e que a eficácia pode ser social (norma realmente obedecida e aplicada = efetividade) ou jurídica (capacidade de atingir os objetivos a que se propõe). (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p.65.)

um poder-dever do administrador adequar o plano às novas realidades emergentes. A revisão do plano somente é possível com anuência legislativa, porque modificaria as diretrizes e prioridades inicialmente colocadas pelo legislador.

Conclui que as leis do plano econômico são normas jurídicas e dotadas de certa dose de eficácia, posição com a qual até os que defendem ser o orçamento lei formal efetivamente concordam.<sup>258</sup> Esta eficácia pode ser aferida ou considerada sob dois aspectos: eficácia positiva ou eficácia negativa.

Positivamente a lei tem eficácia na medida em que tem o poder de modificar o mundo jurídico, alterando-o pela extinção, criação ou modificação de direitos.<sup>259</sup>

A eficácia negativa existe uma vez que, no mínimo, se não houver uma atuação efetiva no atendimento das determinações postas na legislação orçamentária não podem ser, implícita ou explicitamente, tomadas medidas em contrário aos objetivos determinados e cogentes do planejamento e aprovados pelo Poder Legislativo.

O planejamento externalizado pela legislação orçamentária pode ser encarado sob duplo aspecto. Inicialmente, mediante a eficácia positiva destas leis, da qual exsurge a obrigatoriedade de persecução dos objetivos nelas apontados como os que devem nortear o encaminhamento da atividade do Poder Executivo. Por outro lado, esta mesma legislação, ao estabelecer alguns objetivos e metas a serem alcançados, obriga seu executor, o Administrador Público, a manter-se no limite de atuação em que,

---

<sup>258</sup>“Pouco importa que no seu conteúdo a lei orçamentária se não configure, em todos os seus caracteres, como lei material (e isto mesmo é hoje contestado por alguns), porque o que sobreleva é a eficácia que lhes empresta o ordenamento jurídico vigente em determinado país. Assim, sem embargo do conteúdo material da norma, se a ordem jurídica vigente, ao classificá-la entre as fontes de direito, lhe atribui determinada eficácia formal, esta é que prevalece, para a sua classificação na ordem da hierarquia dos atos jurídicos”. (BARROS JR., op. cit., p.405.)

<sup>259</sup>Aqui, efetivamente, sob a expressão eficácia positiva trata-se de vigência da norma (validade formal), pois eficácia é “o cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade”, como nos ensina Miguel REALE. (**Lições preliminares...**, p.113-114.)

se não puder executar estas diretivas, não deve tomar medidas que as contrariem, ou que as desviem dos rumos determinados pelo Parlamento.

### 3.3 DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

A delegação legislativa é o instrumento por meio do qual o Poder Legislativo, encarregado da edição das normas gerais e obrigatórias, transfere esta atribuição, em matéria específica, a outro Poder.<sup>260</sup>

Uma das principais funções do Poder Legislativo é a de autorizar a execução dos gastos estatais, especificadamente (princípio da especificação), em montante certo (princípio da universalidade), para um determinado período,<sup>261</sup> controlando depois o atendimento aos parâmetros fixados.

A Constituição Federal vigente prevê as matérias que poderão ser objeto de delegação legislativa, proibindo-a nos caso de legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamento.<sup>262</sup>

Contudo, é corriqueiro constarem das leis orçamentárias disposições autorizativas ao Poder Executivo para remanejamento do orçamento dentro de um determinado percentual do valor do total da despesa prevista. Dispositivos dessa ordem merecem críticas.

O ordenamento constitucional brasileiro, ao prever as despesas obrigatoriamente vinculadas (ensino,<sup>263</sup> transferências de natureza tributária<sup>264</sup> etc.),

---

<sup>260</sup>Notícia Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, entre outras formas, que existem países em que o Legislativo promove delegação *interna corporis* a comissão de seus integrantes (Itália) ou ao Poder Judiciário (Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Peru, República Dominicana e União Soviética), (**Do processo legislativo**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p.135 e 140.)

<sup>261</sup>Tratado item 2.6.

<sup>262</sup>Artigo 68, § 1.º, inciso III.

<sup>263</sup>Constituição Federal, artigo 212.

<sup>264</sup>Constituição Federal, artigos 157 a 159.

impede que parte considerável da receita seja disponível ao Administrador Público. Portanto, o percentual a ser deferido por autorização de remanejamento de verbas ao Poder Executivo não pode ser excessivamente elevado, pois disponibilizaria toda a parcela não vinculada do orçamento.

A partir de um determinado percentual, que varia de acordo com a realidade de composição da receita de cada um dos entes da Federação, a autorização legislativa não apenas permite certa flexibilidade de atuação do Executivo no momento em que se defrontar com despesas inesperadas, urgentes, ou insuficientemente dotadas, mas determina a efetiva delegação de atribuições entre os Poderes. Conforme o percentual autorizado ao Poder Executivo para manejar o orçamento, a rigor o Poder Legislativo abdica de função primordial, intransferível, indelegável, e, portanto, atua de maneira inconstitucional.

Advoga-se que a inclusão nas leis orçamentárias de dispositivos que permitem a transposição ou o remanejamento de verbas em determinados percentuais, não pode liberar o Poder Executivo para atuar livremente. Faculta-se-lhe, apenas, a possibilidade de alterar a distribuição de verbas entre as diversas despesas previstas, mas não desviar dos rumos traçados no projeto convertido em lei, que o vincula, evitando a ocorrência de alteração substancial na distribuição dos recursos que resulte no desatendimento das prioridades eleitas pelo Legislativo.

A possibilidade concedida pela legislação não significa outorga de poder para modificar o orçamento em suas linhas básicas, mas apenas o de adaptá-lo às circunstâncias de caráter conjuntural, buscando prevenir prejuízos ao interesse público.

Cabe aqui recordar a distinção colocada por Eros Roberto GRAU e salientada no item anterior, entre a adaptação e a revisão de um plano econômico, trazendo-a para a discussão sobre o orçamento.

Adaptar o orçamento às contingências e necessidades imediatas para assegurar o atendimento aos objetivos vislumbrados quando de sua adoção constitui, antes de mais nada, dever do Administrador Público. Já, sua revisão, que significaria alteração substancial, envolvendo modificação de rumos ou de objetivos,

não pode prescindir de autorização legislativa específica, sob pena de desatenção ao princípio da separação dos Poderes.

Fosse possível a atribuição e utilização discricionária de uma faculdade ampla e ilimitada pelo Executivo para alterar dotações e verbas orçamentárias, resultaria em atuar inconstitucional, pois a indicação primária do que seja o interesse público é tarefa do Poder Legislativo que representa a vontade popular. E, no caso do orçamento, pela lei respectiva, tem-se a demonstração de quais rumos a representação popular resolveu dar à atuação estatal, naturalmente balizado pelo projeto apresentado pelo Executivo.

A possibilidade de modificar distribuições de verbas contida na lei orçamentária é o reconhecimento de que o planejamento é uma antevisão do futuro, que pode não se concretizar da forma exatamente prevista, necessitando de adaptações. Esta flexibilidade não é uma autorização para que o Poder Executivo altere as linhas mestras da lei orçamentária, mas é necessária, pois ao órgão executor são cometidas atribuições para atingir o objetivo fixado, vislumbrando as condições imprevistas no momento do planejamento governamental.

Exemplificativamente, neste sentido, o artigo 167, inciso I, da Constituição Federal prevê que é vedado o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Considerando esta vedação constitucional, somente pode o administrador alterar o orçamento vinculado à programação vigente, não lhe facultando aquela autorização legislativa o uso de meios que conduzam à inovação ou criação de programas ou projetos.

Outro exemplo tendente a elucidar esse aspecto reside na vedação de alteração orçamentária no que tange aos gastos com pessoal. Quando da apresentação à deliberação legislativa do projeto de lei orçamentária, o montante estimado de despesas com pessoal é, por determinação constitucional, inacessível ao Poder Legislativo, pois não são admitidas emendas que os afetem.<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 3.º, inciso II, letra a.

Como é proibido ao Poder Legislativo no projeto de lei a ele submetido promover alterações nas previsões do Poder Executivo, salvo erros evidentes, estas estimativas de gastos com pessoal resultam praticamente no valor a constar do orçamento. Se fosse possível ao Poder Executivo acessar tal dotação, utilizando daquela autorização genérica citada, poderia então o administrador superestimá-la, para depois manobrá-la livremente.

Então, aprovado o orçamento e nele constando a autorização para remanejamento de verbas, visando manter a coerência do sistema, não poderá o Poder Executivo anular tais dotações ou diminuí-las, para aplicar os recursos correspondentes em outras despesas.

Anote-se que o mesmo raciocínio se aplica no caso das verbas destinadas ao pagamento do serviço da dívida.<sup>266</sup>

Portanto, a autorização genérica ao Poder Executivo para realização de gastos num determinado percentual das despesas totais equivale a uma inconstitucional delegação de poderes, que somente pode ser entendida no sentido de autorização para a suplementação de verbas nas despesas constantes do orçamento previamente aprovado pelo Poder Legislativo. E mais, desde que não modifique as opções determinadas pela própria lei orçamentária, ao inviabilizar projetos ou programas pelo remanejamento de suas verbas. Quer isto significar que não há discricionariedade na escolha de novas despesas ou na retirada de quantitativos de alguns gastos de maneira a tornar os programas de que fazem parte inexecutáveis.

### 3.4 PRINCÍPIO DA ESPECIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Este é um subprincípio orçamentário, derivado do princípio da universalidade, e que se traduz na exigência da especificação e previsão minuciosas

---

<sup>266</sup>Constituição Federal, artigo 166, parágrafo 3.º, inciso II, letra b.

da despesa e da receita orçamentária.<sup>267</sup> Sob o aspecto da despesa, dele resulta que o orçamento não é uma aprovação global ou genérica de gastos, mas a sua pormenorização, a especificação em detalhe do que e onde será despendido.

Esse princípio fundamenta-se em três vertentes: qualitativa, ao destinar o recurso a um fim e não a outro; quantitativa, ao fixar o montante de gastos em valor certo, e temporal, pois delimita o período de tempo em que tais gastos poderão ser realizados.<sup>268</sup>

O autor português António de Souza FRANCO entende que a tipicidade orçamental é meramente qualitativa com relação às receitas, condicionada que está somente a espécie de receita, não o seu montante, pois pode diferir o que foi arrecadado da sua previsão. E que a tipicidade nas despesas é quantitativa, porque estas não podem exceder o que consta do orçamento, tanto globalmente (por tipos econômicos, funcionais, materiais ou orgânicos) quanto especificamente (os créditos individualmente consignados).<sup>269</sup>

Essa especificação obedece a normas técnicas,<sup>270</sup> e à realidade local, devendo ser observado que quanto menos especificação, maior a liberdade do administrador na execução da despesa. Contudo, o detalhamento excessivo também pode manietar o agente público, retirando-lhe a necessária flexibilidade de

---

<sup>267</sup>A terminologia é de Pedro Muñoz AMATO (**Introducción a la administración pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954. p.162), mas também é conhecido como princípio da especialização (NITTI, Francesco. **Principios das ciências das finanças**. Trad. por C. Machado. Rio de Janeiro: Atena Editora, 1937. v.2. p.330.), da especialidade (VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7.ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Depalma, 1999. p.793) ou da tipicidade orçamental (FRANCO, op. cit., p.385.)

<sup>268</sup>YEBRA, Perfecto. El principio de especialidad presupuestaria y el poder financiero de las cortes generales. **Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública**, Madrid, v.36, n.182, p.350, mar./abr. 1986.

<sup>269</sup>FRANCO, op. cit., p.385.

<sup>270</sup>Lei n.º 4.320/64, artigo 15.

atuação, o que pode ser desejável em momentos em que o Legislativo precise manter estrita supervisão sobre o administrador.<sup>271</sup>

O problema que se apresenta é o relativo às alterações orçamentárias, e diz respeito à possibilidade de que o Poder Executivo mude de uma categoria de despesa para outra, por exemplo, retire uma despesa de capital para fazer frente a uma despesa corrente.<sup>272</sup>

A questão é precisamente saber até que ponto uma modificação de créditos orçamentários é resultado de uma simples adaptação necessária à realização do programa ou lhe desvirtua os objetivos e fins.<sup>273</sup>

Não é possível, entende-se, fazer modificações nas opções fundamentais efetuadas pelo Poder Legislativo quando da transformação do projeto em lei orçamentária.

No sistema orçamentário português, a Lei de Enquadramento do Orçamento do Estado (LEOE) define o âmbito e a forma dos atos de execução e de alteração orçamentária subordinada, diferenciando-os do processo de revisão orçamental, que modifica a decisão orçamentária. Com base nesta disposição, Souza FRANCO entende que o Governo pode alterar o orçamento (alteração *stricto sensu*) no que couber no âmbito do seu poder de execução, alteração que pode ser na forma de transferência, ou, muito restritamente, até de criação de créditos especiais. Considerando indelegável a competência do Poder Legislativo para estabelecer os valores totais de dispêndio do setor público,<sup>274</sup> advoga a inconstitucionalidade de proposta autorizativa da expedição

---

<sup>271</sup>AMATO, **Introduccion...**, p.162-163.

<sup>272</sup>A classificação das despesa em correntes e de capital é feita pela Lei n.º 4.320/64, com base em critérios econômicos, e portanto é considerada despesa corrente a destinada a atender ao funcionamento da máquina administrativa, são as despesas de manutenção; e despesa de capital é a destinada a aumentar a capacidade estatal de fornecer bens ou serviços, seria em linguagem coloquial a despesa de investimento.

<sup>273</sup>Novamente aqui é útil a distinção acima colocada entre adaptação e revisão do plano. (item 3.2).

<sup>274</sup>Posição consentânea com a nossa, como exposto no item 3.3.

de decretos-lei que pudessem aumentar a despesa total do orçamento ou de cada setor orgânico ou funcional.<sup>275</sup>

No Direito brasileiro, partilha desse entendimento Carlos S. de BARROS JR.,<sup>276</sup> o qual, seguindo lição de Gabino FRAGA,<sup>277</sup> defende que como consequência da regra de especialização, e em face do caráter legislativo formal do orçamento, não pode este sofrer modificação sem nova intervenção da Câmara.

A forma correta de alteração orçamentária, entende-se, é mediante a aprovação de um projeto de lei enviado pelo Executivo à câmara de representação popular (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa, ou Câmara Municipal). Considera-se inaceitável o entendimento que na delegação legislativa para as adaptações orçamentárias esteja incluída a possibilidade de revisão dos objetivos e das metas da lei orçamentária, até porque, em nosso entendimento, isto contraria o disposto no artigo 167, inciso VI da Constituição Federal.

Não é possível este tipo de alteração em razão de vários fundamentos. Inicialmente, como as despesas de capital estão inseridas num contexto de planejamento macroeconômico ou de longo prazo, considerando que devem constar do plano plurianual de investimentos, da lei de diretrizes e da lei orçamentária, uma alteração desta última resultaria em modificação efetiva em aqueles dois outros instrumentos orçamentários, o que obviamente é inacessível por via administrativa. Se as opções delineadas nos três documentos orçamentários objetivam propiciar o aumento ou melhoria no fornecimento dos serviços públicos, seu adiamento requer uma série de compatibilizações e de sopesamentos, que caberão ao Legislativo, detentor da representação popular para escolher primariamente as alternativas que melhor atendem ao interesse público. E, modificada uma despesa de capital em

---

<sup>275</sup>FRANCO, op. cit., p.390.

<sup>276</sup>BARROS JR., op. cit., p.407.

<sup>277</sup>FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 5.ed. México: Editorial Porrúa, 1952. p.465.

favor de uma despesa corrente, devem-se modificar outras variáveis, pois um aumento na oferta de serviços, advindo da construção, por exemplo, de um posto de saúde necessariamente considera que para o desempenho desta atividade administrativa sejam contratados servidores, o que não mais seria necessário ao adiar-se aquela despesa.

A autorização legislativa que porventura esteja contida na lei orçamentária, propiciando condições de alterações por parte do Poder Executivo, deve estar compreendida nos limites da separação dos Poderes e da compatibilidade entre os instrumentos legislativos do sistema orçamentário.

### 3.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Advindo da jurisprudência administrativa francesa, particularmente da técnica de ponderação do “custo-benefício”, utilizada como limitação a normas sobre o poder de polícia, este princípio adentrou no Direito Administrativo alemão, desde o século XIX.<sup>278</sup>

Ao longo do tempo, demonstrado que se assenta no princípio do Estado de Direito, princípio constitucional fundamental vinculativo do legislador, assumiu *status* constitucional e passou a ser aplicado em combinação com o princípio da isonomia.

Após o advento da Constituição de Bonn, o Tribunal Constitucional Alemão utilizou-o para desenvolver o raciocínio condutor de decisões no campo dos direitos fundamentais (a partir de 1958), definindo-lhe<sup>279</sup> os contornos na decisão de 16 de março de 1971, em caso sobre armazenagem de petróleo.

---

<sup>278</sup>SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. por Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n.2, p.93, abr./jun. 1999.

<sup>279</sup>“...numa fórmula feliz, concisa e lapidar”, no julgamento de Paulo BONAVIDES. (**Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.329-330.)

De grande relevo na Suíça, Portugal e Espanha, é de fraca expressão na Itália, mas em França<sup>280</sup> tem revelado crescente utilização.<sup>281</sup> No caso brasileiro, este não é um princípio exposto, mas possui uma “função negativa, quando limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva de obediências aos seus respectivos conteúdos”.<sup>282</sup>

Hoje, está assentado na doutrina<sup>283</sup> que o princípio da proporcionalidade exige do administrador público, tanto quanto do legislador quando da elaboração das leis, que os meios utilizados (ou as exigências contidas na norma) sejam adequados, necessários e razoáveis.<sup>284</sup>

No âmbito da atuação administrativa, o princípio referido é de importância inquestionável, pois deve sempre o administrador, mormente no caso de se tratar de ato discricionário, avaliar a medida a ser tomada sob os seus parâmetros.

<sup>280</sup>Conforme Maria Teresa de Melo RIBEIRO, “No direito francês, o princípio da proporcionalidade tem-se manifestado principalmente através da actuação do Conselho de Estado francês e da figura do ‘bilan coût-avantage’ ou ‘contabilização custos-vantagens’, mediante a qual o Conselho de Estado procede a um exame comparativo dos custos/inconvenientes e das vantagens/benefícios da actuação administrativa em relação ao fim concreto de interesse público cuja prossecução justifica a tomada de decisão administrativa e anula as decisões da Administração sempre que os sacrifícios impostos aos direitos e interesses dos particulares, ou ao próprio interesse público, sejam excessivos e desproporcionais quando comparados com o interesse público específico que os justifica. No direito português, mesmo antes da elevação a princípio jurídico constitucional fundamental da Administração Pública, com a revisão constitucional de 1989, já o princípio da proporcionalidade tinha recebido exposto acolhimento constitucional na matéria dos direitos fundamentais (art. 18, n.º 2) e das medidas de polícia administrativa (art. 272, n.º 2), e se tinha manifestado no domínio das expropriações por utilidade pública”. (op. cit., p.218-219.)

<sup>281</sup>DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p.319, Nota de Rodapé 185; MEDAUAR, **O direito administrativo...**, p.185.

<sup>282</sup>STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995. p.121.

<sup>283</sup>MEDAUAR, **O direito administrativo...**, p.185; DUARTE, D., op. cit., p.321-323; RIBEIRO, op. cit., p.216-217.

<sup>284</sup>Também se utiliza o princípio da proporcionalidade como condutor do processo de interpretação constitucional, o que exige, no entender de Cármen Lúcia Antunes ROCHA, a aceitação de hierarquia entre princípios, o que não é pacificamente aceito. (**Princípios constitucionais...**, p.52-53).

Um dos principais limites ao exercício da discricionariedade assenta-se na exigência de que o administrador público, em momento prévio à tomada de decisão no caso concreto, apure se esta atende a três pontos essenciais, quais sejam: a adequação, a exigibilidade (necessidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>285</sup>

A adequação significa que o meio utilizado para atingir o objetivo deve ser idôneo a tal desiderato; deve ser o meio passível de atingir a finalidade buscada.

A necessidade é a constatação da inexistência ou inconveniência de outra medida, menos onerosa para o particular, de forma que o poder público possa obter o benefício com o mesmo esforço ou sem um esforço maior.

Nesse caso, a necessidade da medida acaba transformando-a sempre em medida adequada, pois não há outra que possa atender ao interesse público nas mesmas condições.

A proporcionalidade em sentido estrito, por vezes confundida com a razoabilidade,<sup>286</sup> é a ponderação<sup>287</sup> dos custos aos particulares e dos benefícios coletivos advindos desta medida; é a avaliação da existência ou não da desproporção entre os meios e os fins.

---

<sup>285</sup>Robert ALEXY defende que “Da máxima de proporcionalidade em sentido estrito se segue que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Em troca, as máximas da necessidade e da adequação se seguem do caráter dos princípios como mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas”. (op. cit., p.112-113.)

<sup>286</sup>De origens diferentes, a razoabilidade tem fundamento na cláusula do *due process of law* do direito norte-americano, primeiro sob o aspecto formal, após substantivado, e a proporcionalidade deriva do conceito de Estado de Direito. Há autores que defendem sua utilização como sinônimos, outros que a razoabilidade seja um dos elementos da proporcionalidade e outros ainda que a proporcionalidade é um elemento da razoabilidade e também os que os consideram inteiramente distintos. De toda forma, esta discussão não será encetada neste trabalho, admitindo-se para os seus fins a razoabilidade considerada como a adequação da medida ao objetivo a ser atingido.

<sup>287</sup>As formas de entendimento da ponderação de interesses em conflito, relacionada aos problemas da planificação administrativa, estão discutidas em António Francisco de SOUSA. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994. p.134-145. E, genericamente no Direito Administrativo, em José Ignacio Lopez GONZALEZ. **El principio general de proporcionalid em derecho administrativo**. Sevilha: Instituto Garcia Oviedo, 1988. p.33-47.

Nessa tarefa de ponderação, analisar-se-ão os benefícios pretendidos confrontando-os com os bens a serem sacrificados, e, verificando que os efeitos negativos da decisão são maiores que os resultados vislumbrados ou o mal a ser prevenido, deve o agente abster-se da medida restritiva. Isto lhe exige a capacidade de verificar quais os efeitos diretos e indiretos de sua atuação, para que sejam devidamente ponderados todos os fatores que devem ser considerados na tomada de decisão.<sup>288</sup>

Como resultado da ponderação entre os fins e os meios utilizados para atingi-los, somente devem ser aceitos os atos quando razoavelmente se puder dizer que não era possível atingir-se a meta desejada por outras formas que propiciassem menores ônus.

A sua desatenção pode resultar em questionamento judicial de qualquer ato administrativo, até o não discricionário, quando as exigências ou os sacrifícios que imputa ao particular afigurarem-se por demais onerosos, inadequados ou desnecessários, no sentido de haver outra medida possível, que com menos ônus consiga atingir a mesma finalidade. Pois, “em todo ato desproporcionado, excessivo, há por definição um **excesso em relação à competência**, pois não guarda a indispensável correlação com ela.”<sup>289</sup> Desta forma, “os agentes são, em suma, **obrigados** a proceder a uma ponderação honesta do interesse ou do valor de cada

---

<sup>288</sup>Maria Teresa de Melo RIBEIRO "... no princípio da proporcionalidade, o dever de ponderação acarreta para a administração a obrigação de medir com exactidão os custos e inconvenientes dos meios por si utilizados e de proceder à sua pesagem com os benefícios causados ao fim de interesse público prosseguido, acarretando, em suma, a obrigação de a Administração valorar comparativamente os interesses em jogo, mediante a comparação das desvantagens dos meios utilizados em relação às vantagens do fim prosseguido. (...) no princípio da proporcionalidade, a ponderação traduz-se numa relação directa entre a decisão administrativa e o fim de interesse público que esta pretende realizar, esgotando-se a ponderação numa relação meio-fim. (...) no princípio da proporcionalidade, o que se pretende com a exigência de ponderação é garantir, em primeiro lugar, os direitos dos particulares, ainda que indiretamente se proteja também o interesse público, na medida em que se assegura uma melhor prossecução desse mesmo interesse público". (op. cit., p.221-222.)

<sup>289</sup>MELLO, C.A.B., **Discricionariedade e controle...**, 3. tiragem, p.98.

medida. Neste sentido, sem dúvida pode ser considerada vinculada a atividade dita discricionária da Administração”, pois “a acção administrativa está submetida a uma regra geral de ‘razoabilidade’, relativa às circunstâncias de cada caso determinado e à consideração do fim a atingir”.<sup>290</sup>

Impõe-se a aplicação desse princípio às decisões executórias do orçamento porque por meio dele verificar-se-á se o atuar discricionário do administrador não desbordou dos limites impostos pelo ordenamento. Pela sua utilização como método decisório, o administrador público poderá demonstrar (e deverá fazê-lo pela motivação) que a escolha discricionária de que se utilizou é a que melhor atende à finalidade buscada.

Esse princípio deve ser utilizado como vetor a direcionar as alterações de dotações orçamentárias, demonstrando-se que ele as rege. Não parece à primeira leitura – e nem às seguintes –, por exemplo, obedecer a este parâmetro, a decisão administrativa que retire do orçamento a verba destinada a pagamento de fornecedores de merenda escolar, substituindo-a pelo gasto com representação dos agentes políticos, em jantares e confraternizações.

Desatende-o, do mesmo modo, a transferência graciosa de verbas a entidades ou pessoas jurídicas privadas, se há dívidas não liquidadas com os fornecedores governamentais.

### 3.6 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Caio TÁCITO,<sup>291</sup> já em 1959, distinguia três modalidades diversas de abuso do poder administrativo, entendendo que a eficiência e a moralidade da Administração Pública, dependentes da aplicação legítima dos dinheiros públicos,

---

<sup>290</sup>QUEIRÓ, **O poder...**, p.268-269.

<sup>291</sup>TÁCITO, **O abuso de...**, p.11.

planificação econômica e técnica e da neutralidade política da Administração, não são aspectos discricionários da atividade administrativa.

A primeira forma era a violação de direitos individuais (obrigações negativas), a segunda, a violação dos direitos econômicos e sociais (obrigações positivas), e a terceira, violação aos fins de *interesse público* (moralidade administrativa, isenção política, eficiência do serviço).

Antecipou-se o autor a todos os demais autores nacionais, quando colocou a eficiência entre os princípios cuja violação acarretaria ao ato administrativo o vício de desvio de poder.

De qualquer maneira, havia uma obrigação, por parte do administrador público, de agir com eficiência antes do advento da Emenda Constitucional n.º 19/98, e que determinou a inserção explícita do mencionado princípio entre os norteadores do atuar da Administração Pública,<sup>292</sup> o que era reconhecido pela jurisprudência nacional.<sup>293</sup>

Porém, há que se observar que o termo eficiência é polissêmico e é, até mesmo, algumas vezes utilizado como sinônimo de eficácia.<sup>294</sup>

Ao realçar as diferenças entre “eficácia” e “eficiência”, alguns autores não chegam a concordar nos aspectos que os distinguem. É o caso, por exemplo, de Renato Lopes BECHO<sup>295</sup> “eficácia está mais para atos ou fatos, enquanto eficiência está para pessoas (físicas ou jurídicas), mas mantendo-se a idéia de obtenção de

---

<sup>292</sup>COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.27, p.216, abr./jun. 1999.

<sup>293</sup>MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6.ed. rev., ampl. e atual. com a EC 22/99. São Paulo: Atlas, 1999, p.296, na nota de rodapé n.º 1, cita vários precedentes dos Tribunais Superiores reconhecendo expressamente o princípio.

<sup>294</sup>DICIONÁRIO CULTURAL DA LÍNGUA PORTUGUÊSA, R.F. Mansur Guérios. Curitiba: Grafipar, 1967, p.131. v.2, onde se define eficiente como o mesmo que eficaz.

<sup>295</sup>BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência da administração pública. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, p.79, fev. 2000.

efeitos desejados, de cumprimento de metas”, enquanto para Ubirajara COSTÓDIO FILHO,<sup>296</sup> adotando posição originária da Ciência da Administração, a “eficiência se relaciona com os meios; a eficácia se liga aos fins”.

João Carlos Simões Gonçalves LOUREIRO, diante da dificuldade de conceituação de eficiência, apresenta-lhe três dimensões, que, resumidamente são: a) a eficiência representaria a eficácia na realização dos fins, a realização dos interesses públicos; b) a eficiência seria o modo de realização ótima dos fins, uma relação ótima de meios-fins; c) a eficiência seria a celeridade da Administração, e d) a eficiência significaria o mesmo que o princípio da economia.<sup>297</sup>

COSTÓDIO FILHO entende que, na interpretação do princípio da eficiência, deve-se considerá-lo como preocupado tanto com os meios quanto com os fins, defendendo que o vocábulo foi empregado pelo reformador constitucional de acordo com o senso comum, como sinônimo de eficácia, alinhando quatro argumentos em defesa de sua tese.<sup>298</sup>

E o autor continua, apontando três idéias nesse princípio, duas ligadas aos meios, quais sejam a de presteza (rapidez) e economicidade (menor custo), e a de prestabilidade (utilidade), ligada aos resultados.

Já para Alexandre de MORAES, o princípio da eficiência é o que impõe que a atividade estatal (persecução do bem comum) se dê “de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade,

---

<sup>296</sup>COSTÓDIO FILHO, op. cit., p.211.

<sup>297</sup>LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.131-132.

<sup>298</sup>O primeiro destes é a exigência de que se atribua à norma constitucional o significado que lhe dê a máxima efetividade (princípio da interpretação efetiva); a manifesta intenção (interesse teleológico) do reformador constitucional, extraída da Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Emenda Constitucional, de oferecer mais serviços aos cidadãos (fins), otimizando os recursos disponíveis por parte dos agentes administrativos (meios); o aspecto sistemático, pois o texto da referida emenda constitucional prevê avaliação periódica dos agentes públicos e da qualidade dos serviços (meios e fins, novamente), e finalmente, o princípio da indisponibilidade do interesse público, que exigiria “serviços de qualidade (resultados) ao menor custo de tempo e dinheiro (otimização dos meios)”. (COSTÓDIO FILHO, op. cit., p.212-213.)

primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social”.<sup>299</sup>

Considerando-se o princípio da eficiência como um parâmetro de execução de serviços em que à aplicação de verbas deve corresponder um retorno de igual ou maior resultado, verifica-se que sua aceitação no campo da Administração Pública é ampla, mas sua efetiva aplicação é restrita. Isto porque o Poder Público tem obrigações e faz aplicações que transcendem o mero aspecto circunstancial da análise “custo-benefício”, pois consta dentre as suas obrigações aquela de efetuar investimentos de caráter social, cujo retorno é, se não inexistente, sabidamente incerto. Portanto, existem despesas que não podem ser analisadas sob o prisma da eficiência econômica, que normalmente direciona os gastos privados.

Atuar de modo eficiente deve ser uma constante busca da Administração Pública, o que, sob o aspecto orçamentário, exige não só uma adequada e racional programação do gasto público, como uma execução obediente a este vetor constitucional.<sup>300</sup> Observe-se que é o Poder Executivo quem elabora os projetos de lei orçamentária, pelo que este princípio deve informar sua atividade planejadora. E, no momento executório, tem que ser observado se o custo das mercadorias/serviços não está desconforme com o mercado, se aquela despesa não pode ser executada de outro modo, com mais presteza, menor utilização de recursos humanos ou materiais.

A eficiência do administrador público traduz-se, portanto, não somente na realização dos fins que lhe são determinados, mas estas finalidades devem ser atendidas no menor tempo possível e ao menor custo, mantida a qualidade do serviço. Também, observe-se, a eficiência não significa, mas antes pressupõe, a não execução mecânica ou imponderada das atividades. Impõe a racionalidade da atuação, que é ferida pela ineficiência.

---

<sup>299</sup>MORAES, op. cit., p.298.

<sup>300</sup>Note-se que no ordenamento constitucional espanhol, a eficiência e a economia são normativamente previstas no que se refere à programação e execução orçamentária.

A eficiência exige a melhor aplicação dos recursos disponíveis ao administrador, visando executar suas atividades, o que, sob o ponto de vista orçamentário significa a correta seleção dos dispêndios, visando atingir a finalidade com a melhor relação custo-benefício.

Cabe observar que, embora o agir eficiente faça parte das obrigações de todo administrador, e deveria sê-lo em especial do administrador público, este agora é um princípio constitucional geral da Administração Pública. E, como os demais princípios, além de orientar o agente público no desenvolvimento de suas tarefas, obriga-o a não atuar de forma diferente do exigido pelo conteúdo dos princípios.

Esse princípio está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade,<sup>301</sup> tratado no item anterior, devendo ser utilizado ao lado deste como fundamento de análise das medidas a serem tomadas, visando a melhor forma de satisfazer o interesse público.

### 3.7 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Outro elemento a propiciar o controle da discricionariedade administrativa na execução das modificações orçamentárias é o relativo ao princípio da motivação<sup>302</sup> do ato administrativo, pelo qual se exige que cada ato tenha declarados os motivos pelos quais foi expedido.

A motivação inclui a apresentação das razões de direito, bem como as de fato, da situação presente, permissiva ou exigente daquela atuação administrativa. A declaração de tais motivos é que permitirá a atuação do órgão de controle, no que tange à verificação da sua existência, veracidade ou adequação como fundamentadores da necessidade de emissão daquele ato ou decisão.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup>FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p.86. Este autor considera o princípio da eficiência e da otimização da ação estatal como sinônimo do princípio da economicidade (p.85).

<sup>302</sup>Tratou-se dos motivos do ato no item 1.4.2 e da teoria dos motivos determinantes no item 1.5.1.

<sup>303</sup>Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, "a motivação constitui garantia de legalidade dos atos administrativos". (**Discricionariedade...**, p.152.)

É especialmente relevante a motivação do ato administrativo emitido no exercício de faculdades discricionárias,<sup>304</sup> mas esta somente pode ser exigida em virtude de disposição legal ou considerando a natureza peculiar do ato emitido.<sup>305</sup>

Corriqueiramente, não são devidamente motivados os atos de alteração do orçamento, deles constando apenas que se cancela determinada dotação e se transferem seus valores para uma outra despesa, sem especificar as razões, os motivos para tal alteração. Estes permanecem, quase sempre, na esfera subjetiva do agente público que o determinou e promoveu.

Não se admite que a Administração Pública simplesmente determine seus atos sem apresentar ao administrado, seu destinatário último, as razões do seu proceder. Por inseparáveis os motivos da composição do ato administrativo,<sup>306</sup> sua explicitação (ou justificação) é imprescindível<sup>307</sup> para que possa ser exercido o controle, seja pelo cidadão, seja pelo próprio Poder Judiciário,<sup>308</sup> seja pelo Poder Legislativo, no caso específico do orçamento.

Desprovido da exposição das razões que levaram à expedição do ato (motivação), o administrado somente pode supor os motivos que o determinaram. Prevalecendo a presunção de que todos os atos administrativos foram expedidos em obediência à lei, e visando a uma finalidade pública, isto somente ficará comprovado a partir do momento em que se expõem as razões do atuar e, portanto, se explicitam os motivos.

---

<sup>304</sup>CAETANO, **Princípios fundamentais...**, p.124.

<sup>305</sup>MELLO, O.A.B., op. cit., p.527-529. Esse princípio passou a constar expressamente entre os exigidos para Administração Pública, pela alteração procedida no artigo 27, *caput*, da Constituição do Estado do Paraná, mediante a Emenda Constitucional n.º 7, de 24 de abril de 2000. Na Constituição Federal exige-se motivação expressa das decisões administrativas dos tribunais, conforme artigo 93, inciso X, mas não há a exigência do seu atendimento pela Administração Pública, embora a doutrina o aponte como um dos princípios desta.

<sup>306</sup>Item 1.4.2.

<sup>307</sup>SALAVERRÍA, op. cit., p.46.

<sup>308</sup>Idem, p.84-86.

Não há dissensão alguma quanto à natureza administrativa do ato do Poder Executivo que promove transposição de dotações entre as despesas orçamentárias fixadas. O orçamento é uma lei,<sup>309</sup> e, entre outros dispositivos, pode conter autorização para que o Poder Executivo atue, modificando as opções inicialmente expostas, de forma a dar-lhe a necessária flexibilidade, no momento de sua execução.

A delegação que é dada ao Executivo para alterar destinações de verbas orçamentárias não é uma autorização aberta, para utilização desabrida e injustificada. O Executivo tem por obrigação fornecer ao Legislativo, enquanto órgão fiscalizador da sua atividade, os motivos que o levaram a modificar as aplicações de recursos, porque, ausente a motivação, está o controlador desprovido dos dados e dos fatores determinantes da alteração procedida, e não pode efetivamente fiscalizar e verificar os eventuais desvios. Isto lhe coarcta a possibilidade de atuar outra de suas funções primordiais: a de órgão fiscalizador da atividade administrativa.

Inexiste fundamento razoável para se imaginar que não esteja obrigado o administrador a justificar sua opção. Muito ao contrário. Como antes apontado, a determinação do orçamento é função conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, aquele apresentando o projeto e este discutindo-o, modificando-o se for o caso e aprovando-o.

A partir da aprovação, transformado em lei, passa o administrador a ser o executor das deliberações legislativas, e, portanto, qualquer mudança desta deliberação deve ser motivada, para que o Legislativo seja informado das justificativas para esta alteração.

O dever de motivar resulta do princípio da separação dos Poderes, porque somente pela verificação dos motivos poderá o órgão emissor da autorização de gastos apurar a efetiva obediência, pelo administrador, das determinações legais. Por representar um aspecto extremamente sensível na vida estatal, e demonstrar,

---

<sup>309</sup>Item 2.5.

como se salientou algures, o efetivo equilíbrio existente entre os Poderes, mais se evidencia a necessidade de motivação no caso de modificações orçamentárias.

Ao conceder a possibilidade de o Executivo efetuar alterações orçamentárias, deve-se entender esta autorização como condicionada à explicitação dos motivos pelos quais foi procedida, porque o contrário seria permitir o exercício do arbítrio ao administrador em matéria orçamentária, o que significaria atribuir-lhe poder maior que o do Legislativo, em evidente afronta ao princípio da separação de Poderes, que os reconhece independentes e de atuação harmônica. A harmonia constitucional é evidenciada em matéria orçamentária, pois coloca-os em conjunto na elaboração, sendo o projeto apresentado pelo Executivo e discutido e aprovado pelo Legislativo, deixando a execução a cargo daquele e a fiscalização (controle) a cargo deste.

Ora, se um dos corolários desse princípio é que o Legislativo controla o Executivo, deve-se propiciar efetivas condições para que tal tarefa seja cumprida, o que não acontece se não houver motivação nas alterações orçamentárias.<sup>310</sup> As modificações de destinação da aplicação dos recursos de natureza orçamentária estão a exigir a motivação como uma das formas de controlar a ocorrência de abuso de poder, seja nas modalidades de excesso seja nas de desvio.

O Legislativo estabelece as prioridades e à medida que adentram os recursos financeiros aos cofres públicos (efetiva-se a receita), a alocação destes recursos em cada despesa deve atender, o quanto for possível,<sup>311</sup> àquelas prioridades. O Administrador não deve alocar, por exemplo, de forma proporcional a receita nas despesas previstas, ou atender primeiro integralmente a uma ou outra das despesas consideradas prioritárias, mas equacionar a distribuição dos recursos,

---

<sup>310</sup>“*Para mí, pues, la motivación suficiente – en cuanto justificatoria de una decisión – es el santo y seña de cualquier proceder razonable, o sea la única garantía para proscribir la arbitrariedad*”. (SALAVERRÍA, op. cit., p.13.)

<sup>311</sup>Incide aqui da reserva do possível, ou da soberania orçamentária do legislador, que reconhece que a entrega de prestações sociais não é obrigatória, pois depende da situação econômica conjuntural. TORRES, **O orçamento...**, p.133-138.

para, atendendo aos gastos inadiáveis ou vencidos, obedecer à priorização estabelecida no orçamento.

Somente mediante a suficiente motivação (suficiente pela existência, congruência e exatidão dos elementos motivadores)<sup>312</sup> é que se poderá verificar a adequação do atuar administrativo ao princípio da proporcionalidade, antes estudado. A declaração dos motivos é que permite sejam estes conhecidos e ponderados, visando responder à indagação sobre se a Administração Pública atuou conforme os parâmetros de adequação, necessidade e razoabilidade:<sup>313</sup> é pelos motivos que se consegue aferir se o administrador não se está desviando do caminho constitucionalmente traçado para o atingimento da finalidade de sua atuação.

E, na mesma linha do entendimento de Juarez FREITAS, considera-se que, quanto maior a liberdade de atuação do administrador, na moldura legal, mais deverá ser exigida a respectiva motivação “porquanto neles mais se deve acentuar o cuidado com a adequação, eis que, quanto maior a liberdade, maior o controle”.<sup>314</sup>

Aplica-se, aqui, a lição de Caio TÁCITO, que afirma que “... o exame da motivação do ato permitirá ao controle de legalidade avaliar se o nexos causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo”.<sup>315</sup>

Mister assinalar, ademais disso, que a urgência na tomada da medida administrativa ordinariamente não pode ser justificativa para a ausência de

---

<sup>312</sup>CAETANO, **Princípios fundamentais**..., p.124-125.

<sup>313</sup>A razoabilidade também foi incluída pela Emenda Constitucional n.º 7, de 24 de abril de 2000, no artigo 27, *caput*, da Constituição do Estado do Paraná como um dos vetores da Administração Pública.

<sup>314</sup>FREITAS, Os atos..., p.144.

<sup>315</sup>TÁCITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.205, p.127, jul./set. 1996.

motivação no caso das decisões de natureza orçamentária, porque esta atividade depende de um processo de planejamento e de programação.

Com estas ponderações, conclui-se que a possibilidade de atuação discricionária do administrador público, em termos orçamentários, está limitada pela sua vinculação ao princípio da legalidade (eficácia da lei orçamentária), bem como pela inconstitucionalidade de sua atuação quando inicia projetos ou programas não previstos na lei orçamentária, aproveitando dos limites de alteração orçamentária colocados na lei.

Ainda devem ser considerados na execução orçamentária, os limites representados pela exigência de que as transposições orçamentárias representativas de uma modificação nos objetivos ou rumos do atuar administrativo tenham a sanção legislativa.

E, ainda, que as decisões alocativas de verbas sejam testadas à luz dos princípios da proporcionalidade e da eficiência, representando uma execução orçamentária legal e logicamente consistentes, o que deverá ser demonstrado pela correspondente motivação dos atos de modificação do orçamento.

## CONCLUSÕES

No exercício de suas funções típicas, o administrador deve cuidar dos interesses públicos para a sociedade, da forma que é determinado pelo Poder Legislativo, pois não dispõe do que administra. Estabelece-se a denominada relação de administração entre o administrador e a coletividade, pela qual aquele fica obrigado a atender às finalidades determinadas por esta, por intermédio dos seus representantes.

A Administração Pública tem como função atender ao interesse público e, para tanto, pratica atos e emite decisões que são totalmente regulados pelo ordenamento, ao qual está inteiramente submetido, ou têm certa margem de atuação, dentro dos parâmetros legislativos.

Essa margem de atuação não é um espaço de liberdade da vontade do agente público, mas apenas o intervalo em que este deverá desvendar, em concreto, a intenção legislativa, o que, sempre, considerando a **indisponibilidade do interesse público**, deve se dar pela escolha da **melhor solução**.

A discricionariedade não é, pois, uma liberdade interpretativa de conceitos indeterminados, nem uma margem de atuação liberta de outros liames. É uma faculdade de opção que o Poder Legislativo deixou ao administrador, considerando que é impossível a previsão em detalhes de todas as reais situações de vida, e a melhor solução deve ser buscada no caso concreto.

Ora, sendo necessário o atendimento ininterrupto de várias necessidades sociais, a Administração Pública tem por obrigação encontrar os meios mais eficientes e adequados para cumprir sua missão.

Modernamente demonstrou-se que o planejamento pode ser um importante instrumento de trabalho, porque permite prospectar situações e soluções, antecipar problemas, adequando a certo rumo a atividade estatal, considerando a crescente importância do Estado nos gastos totais da economia.

Assim, fixou-se a imprescindibilidade de um prévio planejamento para permitir que a Administração Pública visualize suas finalidades e a forma de atingi-las. Este planejamento, para sua implementação, necessita direcionar a elaboração do orçamento, pois a efetivação concreta da atividade estatal não é possível sem a realização de gastos.

Como uma das conquistas democráticas do cidadão é a possibilidade de seus representantes votarem os impostos que entende adequados ao funcionamento da estrutura estatal, e também por esses legisladores, controlar a correta aplicação das verbas liberadas, o planejamento estatal deve ser submetido à sanção parlamentar. E, no caso brasileiro, isto se dá pela edição de três leis: do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e orçamentária anual.

A submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade orçamentária é total, não podendo esta prescindir do pronunciamento legislativo para a execução de despesas, à exceção de algumas decorrentes de situações calamitosas, quando a despesa pode ser efetuada antes do pronunciamento parlamentar, mas submetida a sua ratificação. Em virtude destas leis, comandos a que está adstrito o Poder Executivo, não há liberdade para a modificação por via administrativa das opções legislativas, quando da execução orçamentária.

Mas a previsão, o planejamento de uma atividade ou obra pode sofrer (e normalmente sofre) das contingências decorrentes do caso concreto, da situação conjuntural, do imprevisto ou imprevisível, exigindo flexibilidade do administrador para resolver os problemas daí derivados.

O Legislativo reconhece essa necessidade de flexibilidade na execução orçamentária, e normalmente concede autorização na própria lei de meios para que o administrador adapte as verbas a tais contingências.

Porém, esta autorização genérica para alterações orçamentárias não pode exceder certo percentual, porque a parcela de recursos desvinculados constante do orçamento, variável segundo a realidade local, não pode ser integralmente posta à disposição do administrador. Isto porque há expressa disposição constitucional que

proíbe a delegação legislativa no que respeita aos instrumentos de natureza orçamentária.<sup>316</sup> Há, portanto, uma limitação implícita ao atuar administrativo, que não deve adentrar a seara legislativa, não podendo inovar as aplicações dos recursos estatais.

Outros limites também se apresentam a essa atuação discricionária, como o princípio da especificação, subprincípio da universalidade, e que fundamenta a exigência de que sejam especificamente previstas as despesas. Ora, se o entendimento que se tem da autorização genérica para modificações contida na lei orçamentária é que esta destina-se à cobertura das situações imprevistas, sua utilização para a transferência entre categorias de despesa sem autorização legislativa acaba por desvirtuar o orçamento. Entende-se, por conseguinte, que a autorização concedida somente pode ser utilizada nos limites das próprias categorias de despesa, ou seja, estabelecido um montante de gastos com despesas correntes e outro com despesas de capital, não é possível alterar estes quantitativos sem a intervenção do Legislativo. Este princípio, entende-se, não é contrariado quando há a transposição ou remanejamento entre despesas de mesma categoria.

O princípio da proporcionalidade, como decorrência do Estado Democrático de Direito, também deve ser apontado como um dos limites à atuação discricionária do administrador público no campo das despesas orçamentárias. Este princípio exige, primeiramente, que o legislador ao baixar as leis, o faça de modo a que sejam adequadas, necessárias e razoáveis (ou proporcionais), o que se entende não pode ser diferente com relação ao orçamento.

Sendo o orçamento elaborado pelo Executivo e submetido ao Legislativo, este último deve testá-lo frente àquele princípio, antes de a este aderir ou modificar, quando possível e desejável.

Mas, fixadas as despesas e previstas as receitas, se no momento da execução do orçamento, o administrador tiver de efetuar transposições ou

---

<sup>316</sup>Constituição Federal, artigo 68, parágrafo 1.º, inciso III.

remanejamentos, deve efetivamente ponderar, também à luz do princípio da proporcionalidade, se o cancelamento daquela despesa ou a criação de um novo gasto o atendem.

E, igualmente, deve estar atento para verificar se as novas medidas são eficientes do ponto de vista da relação meios-fins, ou seja, se a modificação resulta em melhoria no tempo, modo ou custo de realização do serviço ou obra. Não o atendendo, é ineficiente, e não deve ser tomada esta medida, salvo em casos excepcionais.

Finalmente, como elemento de controle por parte do Legislativo (e dos cidadãos) sobre os atos do Executivo, defende-se a necessidade irrestrita de motivação dos atos que alteram as opções orçamentárias, exigindo que seja demonstrado pelo Administrador Público os motivos que determinaram a sua opção de despesa. Sem esta justificação, nem o Legislativo, enquanto representante, e nem o próprio povo podem avaliar até que ponto está sendo obedecida a direção determinada pelo Parlamento.

À argumentação contrária, afirmativa de que já há uma fiscalização quando da apuração dos balanços anuais, rebate-se que certamente existe tal controle, mas intempestivo e de pouca efetividade porque não atua no momento em que o ato está sendo executado ou logo após, coibindo de imediato a conduta irregular.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL FILHO, Diomar. Discricionariiedade administrativa e ação civil pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.657, p.51-59, jul. 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMATO, Pedro Muñoz. **Introduccion a la administracion publica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

AMATO, Pedro Muñoz. Planejamento, tradução, adaptação e prefácio de Benedicto Silva. 3.ed. **Cadernos de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n.33, 1966.

ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariiedade: controle judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 22, n.92, p.147-149, out./dez. 1989.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997.

BALEEIRO, Aliomar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.34, abr./jun. 1975. p.141-146.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14.ed. revista e atualizada por Flávio B. Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BARROS JR., Carlos S. de. Orçamento - Natureza Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.83, p.404-407, jan./mar. 1966.

BARROS, Luiz Celso de. **Ciência das finanças. Direito financeiro**. 4.ed. São Paulo: Edipro, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência da administração pública. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, p.78-80, fev. 2000.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y constitución**. Madri: Editorial Tecnos, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariiedade administrativa. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.317, p.25-45, jan./mar. 1992.

BEREJO, Álvaro Rodrigues. Orçamento – I. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.94, p.18-43, abr./jun. 1990.

BEZNOS, Clóvis. A liminar em mandado de segurança - limites à discricionariiedade do juiz. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.65, p.51-60, jan./mar. 1983.

- BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 52, n.157, fascículos 619 e 620, p.34-49, jan./fev. 1955.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba, 1990. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. (Mimeo)
- BLÁZQUEZ, Víctor Manuel Sánchez. La ley de presupuestos y las leyes de acompañamiento. **Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica**, Madri, n.242, p.867-891, out./dez. 1996.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10.ed. rev. e atual., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.205, p.109-116, jul./set. 1986.
- BULLINGER, Martin. A discricionariedade na administração pública. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v.30, n.2, p.3-23, abr./jun. 1987.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10.ed., 4. reimp. rev. e atual. pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. Tomo 1.
- CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- CAMARGO, Heloisa Tartarotti. O aprimoramento da prestação de contas do governo através da fiscalização e avaliação: um estudo comparativo entre Canadá, Estados Unidos e Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n.114, p.503-548, abr./jun. 1992.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.47-48, p.28-37, jul./dez. 1978.
- CAMPOS, Francisco. Orçamento - Natureza Jurídica - Lei Material e Lei Formal - Exposição e Crítica da Doutrina de Laband - Direito Comparado - Elevação do Imposto de Vendas e Consignações em São Paulo (Parecer). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.14, p.447-467, out./dez. 1948.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. por Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Considerações acerca do desvio do poder na administração pública. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 33, n.138, p.92-105, abr./jun. 1976.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.101, p.1-23, jul./set. 1970.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas provisórias**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.88, p.18-43, out./dez. 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.750, p.11-19, abr. 1998.

I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO. **Anais**. Vitória, ago. 1998, p.119-120.

CORDEIRO NETO, Guilherme. **A base de cálculo do ICMS à luz da Constituição de 1988**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. (Mimeo)

CORONA, Juan F.; DÍAZ, Amelia. **Teoría básica de hacienda pública**. Barcelona: Ariel, 1994.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariade administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.95, p.125-138, jul./set. 1990.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.27, p.209-217, abr./jun. 1999.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.179/180, p.51-67, jan./jul. 1990.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.84, p.39-45, out./dez. 1987.

CRETELLA JR., José. Ato administrativo – a tridimensão da discricionariade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.119, p.33-39, jan./mar. 1975.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v.7.

CRETELLA JR., José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JR., José. **Dos atos administrativos especiais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRETELLA JR., José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.79, p.23-37, jan./mar. 1965.

CRETELLA JR., José. Sintomas denunciadores do “desvio de poder”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.9, p.27-44, dez. 1976.

CRETELLA JR., José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n.95, p.73-84, jul./set. 1987.

CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. Princípio da legalidade e desvio de poder no direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 19, n.75, p.227-238, jul./set. 1982.

DALLARI, Adilson Abreu. Constituição e orçamento. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.15, p.18-24, abr./jun. 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. Lei orçamentária - processo legislativo - peculiaridades e decorrências. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.19, p.57-63, abr./jun. 1997.

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. 20.ed. atual. a legislação pelos Profs. José de Mesquita Lara e Alberto Deodato Filho. São Paulo: Saraiva, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas – formas de controle. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, v.16, p.157-194, jul./dez. 1991.

DÍAS, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 8. reimp. Madri: Taurus Humanidades, 1992.

DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

DUARTE, Maria Luísa. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade). **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n.370, p.35-74, nov. 1987.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. Discricionariedade: uso e abuso de poder. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.12, n.3, p.125-129, mar. 1996.

- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. 3.ed. reimp. Madri: Editorial Civitas, 1995.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. 1.ed. reimp. Madri: Editorial Civitas, 1996.
- FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.23, p.1-16, jan./mar. 1951.
- FAGUNDES, M. Seabra. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. Apelação Cível 1422 - TJRN, rel. Seabra Fagundes. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.14, p.52-82, out./dez. 1948.
- FARIAS, Edilsom. Técnicas de controle da discricionariedade administrativa. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 47, n.183, p.135-158, jan./jul. 1994.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA, José Ribamar Gaspar. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Premissas à elaboração de um conceito de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.120, p.49-61, abr./jun. 1975.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A liminar no mandado de segurança. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.74, p.230-239, abr.-jun. 1985.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente de planejamento. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, v.2, n.6, p.640-657, set. 1995.
- FIORINI, Bartolomé A. **La discrecionalidad en la administracion publica**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1948.
- FONSECA, Venero Caetano da. Controle jurisdicional do desvio de poder. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, n.5, p.135-139, 1. trimestre de 1976.
- FONTES, Helenilson Cunha. Controle e avaliação dos gastos públicos. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, ano 3, n.12, p.210-222, jul./set. 1995.
- FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. 5.ed. México: Editorial Porrúa, 1952.
- FRAGA, Jesús Jordano. **Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- FRANCO, Antônio L. de Sousa. **Finanças públicas e direito financeiro**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Estudos de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1995.

FRÍAS, Angeles García. Limites materiales y temporales a la ley de presupuestos en el Derecho Aleman. **Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica**, Madri, n.229, p.19-38, jan./fev. 1994.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 8.ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 1998.

GONZALEZ, José Ignacio Lopez. **El principio general de proporcionalid em derecho administrativo**. Sevilha: Instituto Garcia Oviedo, 1988.

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Trad. por Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995.

GRAU, Eros Roberto. A lei do plano. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.53-54, p.316, jan./jun. 1980.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.74, p.217-221, abr./jun. 1985.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobra a noção de norma-objetivo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.71, p.137-152, jul./set. 1984.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.93, p.41-46, jan./mar. 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.12, p.84-115, jul./set. 1995.

HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.756, p.11-36, out. 1998.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Repertório IOB de Jurisprudência**, São Paulo, n.16/99, Caderno 1, p.493-498, 2.<sup>a</sup> quinzena de agosto de 1999.

HAURIUO, André. O poder discricionário e sua justificação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.19, p.27-32, jan./mar. 1950.

JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.64, p.37-54, out./dez. 1982.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948. v.1.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. v.3.

JOHANSEN, Wilson Luís. Reflexões sobre a atividade administrativa discricionária. **Revista Tribunal de Contas do Estado**, Porto Alegre, n.16, p.116-121, 1.º semestre de 1992.

JOUVENEL, Bertrand de. **As origens do estado moderno**: uma história das idéias políticas no século XIX. Trad. por Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p.335.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Trad. por José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LAUBÉ, Vitor Rolf. Sistemas constitucionais estrangeiros e órgãos de controle financeiro e orçamentário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n.101, p.161-172, jan./mar. 1989.

LAZZARINI, Álvaro. Discricionariedade: uso e abuso de poder. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.12, n.6, p.337, 341, jun. 1996.

LEAL, Vítor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.2, fascículo 1, p.124-143, jul. 1945.

LEAL, Vítor Nunes. O exame, pelo judiciário, da “legalidade” dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.3, p.69-98, jan. 1946.

LEAL, Vítor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.14, p.52-82, out./dez. 1948.

LEAL, Vítor Nunes. **Problemas de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEAL, Vítor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, seleção histórica v.1-150, p.453-467, 1995.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954.

LINARES, Juan Francisco. **Derecho administrativo**. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1986.

- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- LUÑO, Antonio A. Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5.ed. Madri: Tecnos, 1995.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, fascículo cível, ano 87, v.749, p.82-103, mar. 1998.
- MARTINS, Simone Aparecida. O ato político. Sindicabilidade. O princípio da separação de poderes. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 1, n.4, p.199-210, jul./set. 1993.
- MATEO, R. Martín; WAGNER, F. Sosa. **Derecho administrativo económico**. Madrid: Ediciones Pirámide, 1974.
- MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. por Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. 5.ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1954. v.2.
- MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950. Tomo 2, parte especial.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** (de acordo com a EC 19/98). 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.610, p.38-45, ago. 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21.ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Os poderes do administrador público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, seleção histórica v.1-150, p.327-343, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Poder" discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.76, p.99-109, out./dez. 1985.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle da discricionariedade administrativa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**, Vitória, n.1, p.22-36, jul./dez. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.65, p.27-38, jan./mar. 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade - fundamentos - natureza e limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.33, p.85-98, jan./mar. 1975.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade - fundamentos - natureza e limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.122, p.1-20, out./dez. 1975.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade administrativa e controle judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.32, p.18-30, nov./dez. 1974.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade - Discricionariedade - seus Limites e Controle. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.86, p.42-59, abr./jun. 1988.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.1.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Filosofia do direito e do Estado**. 2.ed. rev. e acresc. Coimbra: Coimbra Editora, 1955. v.1, parte histórica.

MOOJEN, Guilherme. **Orçamento público**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1959.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6.ed. rev., ampl. e atual. com a EC 22/99. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As categorias de interesses na constituição de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.307, p.13-30, jul./set. 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade - novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n.6, p.703-722, set. 1995.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

MOTTA FILHO, Manuel Fernando Thompson. Discricionariedade, poder de polícia da administração e controle do judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v.19, n.73, p.155-159, jan./mar. 1994.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Da tributação e do orçamento e a nova constituição** (arts. 145 a 169). Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NITTI, Francesco. **Princípios das ciências das finanças**. Trad. por C. Machado. Rio de Janeiro: Atena Editora, 1937. v.2.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do direito. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n.3, p.734-752, dez. 1994.

NUNES JR., Amandino Teixeira. A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 32, n.127, p.201-221, jul./set. 1995.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Administração pública e ato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.1/93, p.104-117.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de direito financeiro**. 3. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ORTEGA, Maria Lúcia Jordão. O dever de invalidar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.65, p.61-70, jan./mar. 1983.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PINTO FERREIRA. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1994. 6.v.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 24, n.96, p.157-166, out./dez. 1990.

POLETTI, Ronaldo. Espécies de desvio de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n.113, p.217-228, jan./mar. 1992.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967**. Emenda n.1, de 1969, Tomo 3. 2.ed. rev., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.6, p.41-78, out. 1946.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio do poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v.8, p.52-80, jan./mar. 1947.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da administração**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1948.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Os actos políticos no Estado de Direito – o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da administração pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. **GENESIS - Revista de Direito Administrativo Aplicado**, Curitiba, n.10, p.676-687, jul./set. 1996.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3.ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v.1.

REALE, Miguel. Da democracia liberal à democracia social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.71, p.29, jul./set. 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

REALE, Miguel. Limites da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.84, p.75-80, out./dez. 1987.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade administrativa. Significação, efeitos e controle**. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da Imparcialidade da administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) **Perspectivas do direito público**. Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

RODÓ, L. Lopes. O poder discricionário da Administração - evolução doutrinária e jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.35, p.40-47, jan./mar. 1954.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 13.ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1999.

SAINZ DE BUJANDA, Fernando. **Hacienda y derecho**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. **Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional**. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

SAMPAIO, Egas Rosa. **Instituições de ciência das finanças – uma abordagem econômico-financeira**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. Brasília: Prisma, 1997.

SANDULLI, Aldo Maria. Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Padova, v.2, p.329-370, 1995.

SANDULLI, Aldo Maria. **Manuale di diritto amministrativo**. 15.ed. Napoli: Jovene Editore, 1989. v.1.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. por Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n.2, p.93-107, abr./jun. 1999.

SEOANE, Antonio Mozo. **La discrecionalidad de la administracion publica en España - análisis jurisprudencial, legislativa y doctrinal 1894-1983**. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1985.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. O orçamento e a fiscalização financeira na constituição. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.8, p.169-177, maio/jun. 1989.

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

SILVA, Sebastião de Sant'Anna e. Os princípios orçamentários. 2. imp. **Cadernos de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n.6, 1962.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des actes administratifs**. Athènes: Collection d'Institut Français d'Athènes, 1954.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.79, p.132-138, jul./set. 1986.

TÁCITO, Caio. A administração e o controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.37, p.1-11 jul./set. 1954.

TÁCITO, Caio. A inexistência dos motivos nos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.36, p.78-81, abr./jun. 1954.

TÁCITO, Caio. Desapropriação - desvio de poder - jurisdição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.179/180, p.295-301, maio/jun. 1990.

TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil**: conceito e remédios. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.188, p.1-13, abr./jun. 1992.

TÁCITO, Caio. Vinculação e discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.205, p.125-130, jul./set. 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.187, p.94-110, jan./mar. 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., 1995.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VIEIRA, José Roberto. **Discricionariedade**: dos preconceitos ao conceito. São Paulo, 1990. Monografia apresentada ao curso de Mestrado em Direito da PUC/SP. (mimeo)

VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. 7.ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Depalma, 1999.

VILLEN, Egle. Interpretação e discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.66, p.146-153, abr./jun. 1983.

VIRGA, Pietro. **Il provvedimento amministrativo**. 4.ed. Milano: Giuffré Editore, 1972.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.

XIMENES, Maria do Socorro Demétrio. Discricionariedade e arbítrio. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Fortaleza, v.9, n.11, p.130-147, 1992.

YEBRA, Perfecto. El principio de especialidad presupuestaria y el poder financiero de las cortes generales. **Revista de Derecho Financiero y Hacienda Publica**, Madrid, v.36, n.182, p.333-379, mar./abr. 1986.