



3º Lugar - Novas Abordagens do Orçamento Público

Autor: **Celso de Barros Correia Neto**
São Paulo/SP

“Orçamento Público: uma visão analítica”

ÍNDICE

RESUMO.....	2
INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I – ORÇAMENTO: LEI FORMAL OU MATERIAL? NOTAS DE UM VELHO DEBATE	6
1. SITUANDO O DEBATE	6
2. ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL: LEI FORMAL OU MATERIAL?.....	8
2.1. “Orçamento-programa”: um novo sentido para o orçamento público?	11
3. (DES)CONTROLE DO ORÇAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	16
4. PEC N.º 281/2008: O ANSEIO DE UM ORÇAMENTO IMPOSITIVO	19
4.1 O contexto da descrença.....	21
CAPÍTULO II – ORÇAMENTO, NORMA E SENTIDO.....	23
1. DETRÁS DO ÓBVIO: SUPERANDO A DICOTOMIA “FORMAL-MATERIAL”	23
2. O ORÇAMENTO “VINCULA”?.....	25
2.1 A “natureza” do orçamento ou os sentidos do termo.....	27
2.2 Eficácia jurídico-orçamentária: uma peça de ficção?.....	28
3. ORÇAMENTO: MEIOS E METAS	31
4. PROCESSO DE POSITIVAÇÃO DO GASTO PÚBLICO	33
4.1 Ordem de pagamento.....	36
CAPÍTULO III – ORÇAMENTO COMO NORMA E AS NORMAS QUE VINCULAM O ORÇAMENTO	38
1. ORÇAMENTO COMO NORMA: HIPÓTESES E CONSEQÜENTES	38
1.1 A relação receita-despesa e o equilíbrio	38
1.2 O sentido da previsão de receitas no orçamento	40
2. ORÇAMENTO COMO TEXTO: CAUDAS ORÇAMENTÁRIAS E OUTRAS EXCRESCÊNCIAS.....	42
3. “VINCULAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS” E NORMAS DE COMPETÊNCIA	44
4. DESVIOS NA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52
ANEXO – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 281, DE 2008.....	55

RESUMO

O orçamento público é uma peça de ficção? Ou as propostas que traz podem ser, realmente, exigidas pela comunidade? Para tentar responder essas questões, o texto analisa o modelo orçamentário vigente, em busca de uma interpretação que garanta sua efetividade.

Entre os juristas, o debate sobre a eficácia jurídica do orçamento público divide-se em dois extremos. De um lado, os que defendem que o orçamento público é lei em sentido material, cria deveres para a Administração Pública e direitos para a população. De outro, os que entendem ser lei apenas em sentido formal, sem obrigar a Administração a efetuar as despesas que prevê. No Brasil, tem prevalecido a segunda posição, inclusive com a chancela do Supremo Tribunal Federal. Na tentativa de mudar os rumos deste debate, tramita hoje no Congresso Nacional a PEC n.º 281/08, que pretende implementar um modelo do orçamento impositivo na Constituição Federal. Será esta a única forma de se obter uma gestão orçamentária eficiente?

Por detrás do termo “orçamento”, no contexto institucional brasileiro, há uma variedade de sentidos. A atividade financeira não se esgota num único diploma, nem numa única espécie de normas. Na proposta interpretativa que o texto oferece, os diplomas orçamentários que compõem o processo de positivação do gasto público incluem normas de duas espécies: umas indicando objetivos e formulando programas; outras, oferecendo meios financeiros para lográ-los. Nas primeiras, tem-se o sentido obrigatório, uma vez que a tarefas atribuídas ao Estado sempre o são

em tom de obrigação, não de faculdade. Nas segundas, o sentido facultativo, já que os meios econômicos oferecidos implicam uma permissão de gasto para que se efetive determinado programa. As duas espécies normativas atuam conjuntamente, umas oferecendo recursos; outras, objetivos.

Essa forma de compreender o modelo orçamentário vigente permite dar conta que a atividade financeira estatal não se esgota num único ato. Inicia-se já na Constituição Federal, com a primeira indicação de metas, chegando até o gasto concreto, no extremo oposto da sucessão normativa, que chamamos “processo de positivação do gasto público”.

Seguindo essa linha de argumentação, percebe-se que as vinculações orçamentárias estabelecem-se um nível acima do plano em que está a Lei Orçamentária Anual. São norma de competência, vinculando sua elaboração. Percebe-se também que algumas disfunções na execução orçamentária decorrem de uma indistinção das duas espécies normativas que a compõem: as normas de meio e as normas de meta. Quando se considera orçamento apenas com caráter autorizativo, banaliza-se o gasto público: o administrador age como se pudesse dar às receitas qualquer destino, desde que o aplicando-as a alguma finalidade estatal. O outro equívoco está em burocratizar a despesa, entendendo que deve ser realizada obrigatoriamente, mesmo que não se revele necessária para o atendimento da meta positivada.

Essa forma de entender o modelo orçamentário brasileiro não é uma tentativa de encontrar a resposta “correta” para os problemas do orçamento público. É uma proposta de ação para sua efetividade.

INTRODUÇÃO

Este é um trabalho sobre orçamento público. Seu propósito é compreender os sentidos que as leis orçamentárias adquirem no contexto institucional brasileiro e, se possível, procurar uma alternativa de interpretação que não as converta em mera peça ficcional.

No estágio atual, a leitura dos diplomas orçamentários, focada sobre o viés do gasto público, freqüentemente leva à redução de se supor que há apenas duas alternativas excludentes. Ou o orçamento obriga, ou é ineficaz. Ou é lei material, ou é lei formal.

Pretendemos aqui traçar uma caminha diferente. Inicialmente, situamos a discussão a partir da controvérsia sobre o teor “formal” e/ou “material” das leis orçamentárias – aí incluídos Plano Plurianual, Lei de Diretrizes e Lei Orçamentária Anual –, ressaltando os efeitos práticos a que conduzem as duas teses. Em seguida, abordamos a posição do STF e a PEC n.º 281/2008, que propõe um modelo de orçamento público de execução impositiva como único caminho para se construir uma legislação orçamentária socialmente eficaz. Será esta a única solução para a eficácia do orçamento público no Brasil?

Se por detrás da despesa pública há sempre uma decisão política, então discutir o orçamento público é, a cada exercício financeiro, repensar o Estado (e sociedade) que temos. Na lei do orçamento, as decisões políticas formalizam-se. Vestem-se de trajes jurídicos, mas sem eliminar seu conteúdo político. Sob a forma

da lei, cada proposta de interpretação esconde uma decisão, uma tomada posição:
uma proposta de como agir.

CAPÍTULO I – ORÇAMENTO: LEI FORMAL OU MATERIAL? NOTAS DE UM VELHO DEBATE

1. Situando o debate

As questões implicadas na elaboração e na execução do orçamento público transcendem à esfera da academia: dizem respeito às opções políticas declaradas e concretizadas ou não pelo Poder Público. Discutir o orçamento público é, fundamentalmente, discutir as tarefas públicas que cada nível de governo cumpre ou deve cumprir.

Entre juristas, o debate assume uma feição aparentemente formal. Questiona-se a “natureza” do orçamento público, numa controvérsia permanente, que vem acompanhando toda a evolução da Ciência das Finanças e do Direito Financeiro. Hoje a discussão revigora-se pela inclusão de “novas” questões, como as vinculações orçamentárias e a proposta de criação de um orçamento inteiramente impositivo.

Agora como antes, pode-se dizer que a controvérsia desenvolve-se em torno de um problema central, que é o conteúdo da(s) norma(s) orçamentária(s). Elas obrigam ou apenas permitem? Atrás dessa pergunta de teor, aparentemente, formal, escondem-se questões cruciais para as Finanças Públicas e mesmo para a Teoria

do Estado: o equilíbrio entre os três Poderes e o papel atribuído ao Poder Público. Ao tomar partido no debate, consciente ou inconscientemente, os financistas posicionam-se também sobre esses dois pontos e, inevitavelmente, acabam emitindo opinião sobre aquela que julgam deva ser a função desempenhada pelo Executivo no Estado Moderno, bem como os limites que o cingem.

De toda sorte, a disputa sobre o teor e o papel do orçamento deixa evidente sua posição central nas Finanças Públicas e no Direito Financeiro. É do cotejo entre o modelo orçamentário positivado, o orçamento anual e aquilo que dele efetivamente se executa – orçamento concretizado – que se percebe o real sentido da atuação do governo em determinado lapso de tempo.¹ No orçamento público concretizado, congrega-se o feixe de decisões que constituem e dão sentido ao Estado. E aí é que estão seus verdadeiros objetivos políticos, para além dos valores e princípios que são declarados na Lei ou na Constituição, mas que não encontram suporte concreto na realidade institucional.

Por isso, a discussão que aqui pretendemos introduzir sobre o sentido e as possibilidades de efetivação do orçamento não se esgota no seu aspecto meramente formal: em leis, normas e órgãos públicos. Ao estudar o orçamento, estamos (re)pensando o próprio sentido do Estado: as expectativas que ele incorpora e os limites que o vinculam.²

¹ “O Estado viverá o espaço de um Orçamento”. BECKER, Alfredo Augusto, **Teoria Geral do Direito Tributário**, 3ª ed., São Paulo: Lejus, 2002, p. 232.

² Neste primeiro capítulo, pretendemos situar o leitor no contexto do debate brasileiro sobre o sentido do modelo orçamentário vigente. Com esse propósito, faremos referência, direta e indireta, a uma ampla gama de autores nacionais e estrangeiros. Isso explica a grande quantidade de citações que há (apenas) neste capítulo, mas não se repete nos seguintes.

2. Orçamento público no Brasil: lei formal ou material?

Superadas as definições absolutamente vazias sobre o orçamento público, como mero documento contábil, que marcavam a posição dos primeiros estudiosos do tema, pode-se dizer que há, grosso modo, três posturas fundamentais sobre a matéria: (1) a dos que entendem que o orçamento é lei apenas em sentido formal, (2) a dos que aceitam tratar-se de uma lei em sentido material e (3), entre os dois extremos, a dos que defendem posições intermediárias, compreendendo o orçamento como lei formal no tocante às despesas e material quanto às receitas.

Em parecer publicado em 1963, Francisco Campos critica o tratamento da lei orçamentária como “mero ato da administração”, tal como então proposto pela doutrina de Laband. O orçamento público “apenas um plano de gestão financeira”, destituído de qualquer efeito jurídico para o Executivo ou para os indivíduos. Na visão de Campos, a norma orçamentária teria dupla eficácia. De um lado, “o Tesouro não poderá efetuar pagamento de nenhuma soma, ainda que a ela o indivíduo tenha direito em virtude de lei, contrato ou qualquer outro título jurídico, se do orçamento não constam os fundos necessários à satisfação da dívida”; de outro, “o Estado não pode exigir, do indivíduo imposto, contribuição ou outra qualquer prestação tributária, se não figura como elemento da receita autorizada”.³

Com base nisto, o autor afirma que, ao menos na segunda parte, que trata das receitas, o preceito orçamentário estaria, sim, endereçado à generalidade dos cidadãos, porque poderia ser invocada pelos contribuintes para eximirem-se de obrigação tributária não inserida no orçamento. Não haveria, portanto, como negar à lei orçamentária seu conteúdo de lei material.

³ CAMPOS, Francisco, **Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendias – Imposto de Indústrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre Vendas e Consignações**, Revista de Direito Administrativo, vol. 71, jan./mar., 1963, p. 335.

Na mesma linha vai o pensamento de Alberto Deodato e Geraldo Vidigal. Ambos defendem a natureza material do orçamento, em que pese Deodato tomar o aspecto das receitas para justificá-la, e não o das despesas, afirmando que “todo orçamento é um estado de previsão”, seja ele público ou privado.⁴ Vidigal, por outro lado, menciona que o orçamento “autorizando despesas, veda *ipso facto* a gestão pública de serviços que não possam ser cobertos pelos gastos permitidos.”⁵

Em sentido diametralmente oposto, Hely Lopes Meirelles via no orçamento público simples ato administrativo da espécie “ato-condição”. Para o publicista, “Não importa que, impropriamente, se apelide o orçamento anual de *lei orçamentária* ou de *lei de meios*, porque sempre lhe faltará a força normativa e criadora de lei propriamente dita.”⁶ Tem apenas o aspecto formal de lei e, em boa técnica, poderia e deveria ser aprovado por decreto legislativo, segundo defende o autor.

Aliomar Baleeiro, por sua vez, explica que, do ponto de vista político, a lei orçamentária viu alterada sua finalidade no passar dos séculos. Numa primeira fase, o orçamento nasce com a função política de servir de “escudo para defesa dos contribuintes contra os governos”, vistos como opressores e parasitários.⁷ Num segundo momento, além deste, a lei orçamentária ganha outro sentido: o de plano de ação do governo, instrumento de realização de determinado programa político.⁸ Para Baleeiro, modernamente, a função orçamentária de planejamento recebe tal importância que “O orçamento já não é apenas um ato político: tende a envolver toda a economia nacional, inclusive o setor privado.”⁹

⁴ DEODATO, Alberto, **Manual de Ciência das Finanças**, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1967, p.318.

⁵ VIDIGAL, Geraldo, **Fundamentos do Direito Financeiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 231.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, **Finanças Municipais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.160-161.

⁷ BALEEIRO, Aliomar, **Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.309.

⁸ BALEEIRO, A., op. cit., p.311.

⁹ BALEEIRO, A., op. cit., p. 3

Ante a legislação financeira portuguesa, António L. de Souza Franco conclui tratar-se o orçamento de um verdadeiro “plano” de atuação estatal, funcionando como “uma previsão de variáveis económicas especificadas”¹⁰, no caso, receitas e despesas públicas. Embora reconheça o carácter imperativo das leis orçamentárias, em relação aos órgãos e agentes do Estado¹¹, Sousa Franco afirma que “Não regulam principalmente direitos e deveres como as normas *leis materiais*, mas podem criar ou reger direitos, obrigações e outras situações jurídicas”.¹²

Hector B. Villegas acredita que o interesse na questão reside apenas no plano abstrato, porquanto sua solução será encontrada no direito positivo de cada país. Cita como exemplo o direito brasileiro, explicando:

Não há dúvida, por exemplo, que no Brasil a lei orçamentária é uma lei formal, dado que segundo sua Constituição de 1967, a lei do orçamento não pode incluir ‘disposição estranha à fixação de gastos e previsão de receitas’ (art.63), pelo qual o orçamento só deve limitar-se a *calcular* e *autorizar*, sem que seja lícito incluir disposições de outro tipo, e entre elas, as de carácter substancial.¹³

Entre os juristas da atualidade, Regis Fernandes de Oliveira sintetiza o problema na seguinte oposição: “O orçamento é peça que não vale nada, ou é conquista histórica de controle institucional e, pois, deve ser obedecido?”. Em defesa do carácter impositivo do orçamento, Oliveira argumenta que, em primeiro lugar, o orçamento é lei e, como tal, inova na ordem jurídica. Cita as vinculações constitucionais (educação, saúde e precatórios) e legais (servidores e dívida) que indicariam, segundo crê, o sentido impositivo do orçamento. “De resto”, explica o autor, “tem o Governo que executar os serviços públicos a que está obrigado,

¹⁰ FRANCO, António L. de Sousa, **Finanças Públicas e Direito Financeiro**, Vol.I, 4ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 400.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² FRANCO, A. L. de S., *op. cit.*, p. 402.

¹³ VILLEGAS, Hector B. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 625.

atender aos Fundos e efetuar a partilha constitucional dos tributos”.¹⁴ Estas seriam, sem dúvida, prestações a que está obrigado o Poder Público. O orçamento, para Regis de Oliveira, já é hoje impositivo: “Contém autorizações, com certeza, na arrecadação, mas as despesas devem ser efetuadas de acordo com o que foi determinado na lei orçamentária”, conclui.¹⁵ Para o autor, ou o orçamento é impositivo, ou é socialmente ineficaz. Não há terceira possibilidade.

Embora a posição de Regis de Oliveira não seja majoritária na doutrina, também não se pode dizer que represente uma voz isolada. Mais e mais, nota-se na atualidade, uma crescente tendência à criação de vinculações orçamentárias e um anseio de um orçamento impositivo, em que não restasse praticamente margem alguma de manobra para o Executivo. Representar o orçamento como lei formal, nessa perspectiva, é esvaziá-lo de qualquer conteúdo de juridicidade que esta lei pudesse ter. No plano formal, as disposições orçamentárias convertem-se em mera promessa, em mera possibilidade, que não obriga o Executivo e hoje não convence mais ninguém. A solução, imagina-se, estaria num “orçamento impositivo”, em que todos os compromissos normatizados fossem efetivados pelo Poder Público. Será mesmo este o sentido do orçamento no direito brasileiro?

2.1. “Orçamento-programa”: um novo sentido para o orçamento público?

Na sua função clássica, o orçamento público configurava uma estratégia de controle do Executivo por parte do Parlamento. Sua origem se identifica com a das instituições democráticas representativas, como “uma peça de previsão de receitas e

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Deve o orçamento ser cumprido? . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 672, 8 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6698>>. Acesso em: 26 set. 2008.

¹⁵Idem, ibidem.

autorização de despesas, classificadas estas por *objeto*, sem se cogitar das necessidades reais da administração e da população, nem dos objetivos econômico-sociais a atingir com sua execução”.¹⁶ Inicialmente, os princípios aplicáveis à gestão orçamentária tinha inspiração nitidamente liberal, voltados ao equilíbrio anual das contas públicas, limitando as despesas às necessidades primárias do Estado: segurança e justiça. O orçamento público era, fundamentalmente, um instrumento de controle do Executivo pelo Parlamento.

Esse sentido muda, no século XX, à medida que ganha espaço a preocupação com os ciclos de depressão econômica e se percebe o importante papel que o Estado poderia (ou deveria) desempenhar junto à ordem econômica. Sem prejuízo de sua função clássica, o orçamento é pensado também como “técnica orçamentária vinculada ao planejamento econômico”.¹⁷ A idéia de equilíbrio ganha novo significado. A preocupação estrita com o equilíbrio anual das contas públicas dá lugar a considerações mais amplas, que têm em vista o equilíbrio econômico real. Em outras palavras, é a economia é que deve estar equilibrada, não o orçamento. Surge, então, a noção de “orçamento-programa” como o principal artifício de planejamento da ação estatal e de sua atuação (ou intervenção) na economia, “o meio mais poderoso de coordenação e integração da vida econômica e orientação do desenvolvimento social”, como explica Andres Rojas.¹⁸

Fernando Rezende explica que a principal característica do orçamento-programa é a ênfase dada ao objetivo do gasto público.¹⁹ Neles, as despesas passam a ser classificadas por programas e vinculadas a tarefas perfeitamente

¹⁶ SILVA, José Afonso da, **Orçamento-Programa no Brasil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.1. Grifos originais.

¹⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., p.20.

¹⁸ ROJAS, Andres Serra, **Derecho Económico**, 3ª ed., México: Porruá, 1993, p.341.

¹⁹ REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 104.

identificadas, em vez de serem simplesmente distribuídas por órgãos e entes.²⁰ A idéia central é que a elaboração do orçamento anual seja uma etapa do processo de planejamento, seja este na esfera pública ou na privada. Aliás, “o método do orçamento-programa representa uma contribuição das empresas [privadas] ao aperfeiçoamento da Administração Pública”, embora se reconheça que, no setor público, a idéia de orçamento tem outra significação.

Para Rezende, o conceito de orçamento-programa, no setor público, inclui quatro características: (1) a avaliação e comparação de diferentes programas do governo, considerando sua contribuição para os objetivos públicos; (2) a determinação das ferramentas mais econômicas para a realização dos objetivos preestabelecidos; (3) a projeção das ações do Poder Público para determinado lapso de tempo, que, geralmente, coincide com o exercício financeiro, e (4) a comparação e revisão dos objetivos, das ações e das despesas, tendo em vista as experiências passadas, a fim de realizar modificações, se necessário.²¹ Não estão, destarte, abrangidas na definição ações que se resumam à etapa inicial, isto é, à elaboração da proposta orçamentária. Esta seria “apenas uma nova forma de apresentar o [texto do] orçamento, e não um novo método de decisão orçamentária”.²²

“Orçamento-programa” e “orçamento por programa” não são o mesmo. O segundo é apenas um “novo” modo de classificar as despesas no orçamento; o primeiro, um novo método de decisão, no tocante à alocação dos recursos públicos. O orçamento por programas não se trata senão de uma norma forma de redação dos orçamentos, dando destaque às finalidades a que se destinam os recursos

²⁰ REZENDE, Fernando, op. cit., p. 105.

²¹ Idem, ibidem.

²² REZENDE, Fernando, op. cit., p. 106.

públicos.²³ Já o orçamento-programa é visto como “plano da economia do setor público”. Seu sentido forma-se do conjunto de suas proposições, não há uma mera justaposição entre receitas e gastos, “mas um plano de destinações tendentes a lograr determinados fins mediante a indicação dos recursos correspondentes”, destaca Dino Jarach.²⁴

Na prática, a experiência nacional e internacional não tem demonstrado grande êxito nessa mudança de paradigma, seja por motivos técnicos, como a dificuldade de integração entre orçamento e planejamento, seja por razões político-institucionais, que inserem no cenário outros valores e interesses.²⁵

No direito brasileiro, a noção de orçamento-programa vem ganhando espaço desde o final da década de 50. A Lei n.º 4.320/64 logo no seu art. 2º, caput, menciona que a discriminação de receitas e despesas deverá ser feita de forma a evidenciar o “programa de trabalho do Governo”. A referência textual a “programa” também pode ser encontrada no artigo 22, IV, e no parágrafo único do 25, do mesmo diploma. Este último apresenta a definição de “metas”, como “os resultados que se pretendem obter com a realização de cada *programa*.”²⁶ Os programas seriam entendidos como atividades, ao passo que metas seriam o resultado concreto que das atividades se espera. Haveria ainda um terceiro elemento compondo esse quadro: a noção de meio, isto é, a quantificação de recursos necessários para o exercício da atividade e o atendimento da meta.

Num Estado Social de Direito, como o da Constituição Federal de 1988, essas metas, a que se vinculam as despesas, no orçamento, devem ser entendidas

²³ JARACH, Dino, **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**, Buenos Aires: Cangallo, 1983, p.94

²⁴ JARACH, Dino, op. cit., p.94.

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ É importante destacar que a palavra “meta” assume conotação diferente na Lei de Responsabilidade Fiscal. Naquele diploma, a expressão, que se encontra, por exemplo, no art.1º, §1º, 14, I, e 16, §1º, II, se refere aos resultados fiscais propriamente ditos, em termos de custos monetários, não e aos objetivos que as despesas visam.

como adensamento dos deveres atribuídos ao Poder Público pela Constituição. Nesse caso, as noções de programa e de planejamento²⁷ são tomadas numa acepção ampla, que engloba não só a racionalização das formas de intervenção estatal na economia, como o método de própria gestão das finanças e elaboração das Políticas Públicas.

Na Constituição Federal de 1988, a função de planejamento financeiro teria sido incorporada na seqüência legislativa que irá resultar na Lei Orçamentária Anual: PPP, LDO e LOA. O Plano Plurianual e Lei de Diretrizes Orçamentárias seriam instrumentos de planejamento econômico, em tese, mais estáveis e duradouros que o orçamento anual, que lhe seria subordinado. Neles deveriam constar programas de maior duração e diretrizes (vinculantes) para elaboração da lei orçamentária anual. Entretanto, mesmo com a estruturação, no plano legislativo e constitucional, de um modelo orçamentário voltado ao planejamento econômico e à atuação programática, boa parte dos juristas brasileiros continua a aplicar à realidade orçamentária atual as mesmas idéias que julgavam cabíveis ao orçamento clássico.

Analisando cada uma das três leis de planejamento orçamentário, no Brasil, Ricardo Lobo Torres reconhece em todos o aspecto meramente formal. “Plano plurianual é lei formal, dependendo do orçamento anual para que possa ter eficácia quanto à realização de despesas.” A mesma posição é defendida quando à Lei de Diretrizes Orçamentárias e ao Orçamento anual:

A lei de diretrizes orçamentárias tem, como o próprio orçamento anual, natureza “formal”. É simples orientação ou sinalização, de caráter anual, para a feitura do orçamento [...] Não cria direito subjetivo para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado. [...] Não sendo lei material, não revoga nem retira a eficácia das leis tributárias ou das que concedem incentivos.

²⁷ “O planejamento, assim, não configura modalidade de intervenção (...) mas simplesmente um método a qualificá-la para torná-la sistematizadamente racional.” GRAU, Eros Roberto, **A Ordem Econômica na Constituição de 1988, (Interpretação e Crítica)**, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.196.

A passagem se refere ainda à dualidade entre lei “formal” e lei “material” e deixa transparecer as reais questões que se escondem detrás dela. O pano de fundo do debate, mais do que o propósito classificatório, é o questionamento acerca da “obrigatoriedade” da lei orçamentária. Ou seja, quais os efeitos da edição da(s) lei(s) orçamentária(s) para o Executivo?

Decerto a questão talvez pudesse encontrar uma resposta cômoda, ante a concepção clássica do orçamento, como simples autorização para o gasto público. No entanto, diante do(s) novo(s) sentidos que a peça orçamentária tem assumido nos últimos cinqüenta anos, inspirados pela idéia de orçamento-programa, não é possível oferecer uma resposta assim tão simples. Como compatibilizar a noção de orçamento, como instrumento de intervenção (leia-se: ação) econômica, a vinculação de receitas decorrente das contribuições e a fixação de percentuais de gasto obrigatório (para saúde e educação) com a tese de que a lei orçamentária é – apenas – uma autorização?

3. (Des)controle do orçamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Diante de Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal não alterou a posição que já vinha adotando anteriormente quanto à natureza do orçamento.²⁸ Para o STF, orçamento é “lei de efeitos concretos”, ou seja, é lei apenas formal e, portanto, não passível de controle concentrado de constitucionalidade. A restrição se estende inclusive ao Plano Plurianual e à Lei de Diretrizes orçamentárias.

²⁸ O posicionamento antigo da Corte pode ser conferido no RE n.º 17184, de 1952. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 17184, Relator Ministro Ribeiro da Costa, julgado em 3.7.1952.

Um exemplo dessa orientação pode ser encontrado na ADIn n.º 1905, de 1998, relatada pelo então Ministro Sydney Sanches. Na demanda, questionava-se a destinação dada pela Lei Orçamentária Anual, Lei n.º 9.438/97, às receitas obtidas com a extinta CPMF, sob o argumento de que teria havido violação do § 3º, do art. 74, do ADCT. A conclusão do Tribunal foi que não se estava diante de uma norma, mas “de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade com os precedentes desta Corte, descabe controle concentrado de constitucionalidade”.²⁹

Solução semelhante foi adotada no julgamento da ADIn n.º 2033-2, proposta contra a Lei n.º 11.324, do Rio Grande do Sul (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Neste caso, o requerente defendia a inconstitucionalidade da lei citada, sob o argumento de que teria estabelecido, em seus artigos 25 e 26, hipótese de vinculação de receita de imposto, o que é proibido pelo artigo 167, IV, da Constituição Federal. Como no caso anterior, também aqui o STF não conheceu a ação, baseado, mais uma vez, na tese de que a LDO é lei formal apenas.³⁰

Há exceções. O Supremo Tribunal Federal já aceitou, em alguns acórdãos, o cabimento de controle de constitucionalidade concentrado, mesmo em se tratando de normas contidas em diplomas orçamentários, desde que as disposições questionadas revelassem “contornos abstratos e autônomos”. É o caso da ADIn n.º 2925, de 2004, julgada procedente para dar interpretação conforme a Constituição à Lei Orçamentária n.º 10.640/03. Estava em jogo, na demanda, a possibilidade de a lei em questão autorizar a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação prevista no art. 177, § 4º, da Constituição Federal. A disposição

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1905-01, Relator: Min. Sydney Sanches, julgada em 12.2.98.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 2033, Relator: Min. Néri da Silveira, Redator para o Acórdão: Min. Nelson Jobim, julgada em 17.12.1999.

questionada, segundo a orientação predominante entre os ministros, possuía caracteres de norma geral e abstrata, já que não se voltava a uma única “ação historicamente determinada” e, por conseguinte, seria passível de análise em ADIn.³¹

Comparando-se essa decisão com as demais que tratam da mesma matéria, não se pode afirmar que tenha havido propriamente uma mudança completa na orientação da Corte.³² No caso, ficou claro que o controle concentrado de constitucionalidade só seria possível quando as normas contidas no diploma financeiro – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentária e Lei Orçamentária Anual – não cuidassem propriamente de temas orçamentários. Isto é, não fossem “normas orçamentárias” em sentido restrito: não versassem nem sobre a previsão de receitas, nem sempre a fixação de despesas.

Na prática, a tese acolhida pelo STF elimina uma importante ferramenta jurídica para o controle das contas públicas. Afastada a possibilidade de controle abstrato, alternativa restante é questionar cada ato individualizado que infrinja disposição orçamentária, nas instâncias processuais ordinárias, suscitando o controle concreto. O questionamento dos diplomas orçamentários, em nível abstrato, fica inviabilizado, desconstruindo-se, dessa maneira, rigoroso modelo orçamentário desenhado na Constituição Federal

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 2925, Relatora originária: Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio, julgada em 19.12.2004.

³² Contra: BARRETO, Paulo Ayres, **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**, São Paulo: Noeses, 2006, p.200.

4. PEC n.º 281/2008: o anseio de um orçamento impositivo

A insatisfação com o esvaziamento de sentido dado às normas orçamentárias veio resultar na Proposta de Emenda Constitucional n.º 281/2008³³. A PEC n.º 281/2008, apresentada em 15.07.2008, pelo deputado Luiz Carlos Hauly, do PSDB/PR³⁴, pretende alterar o § 9º, do artigo 165, da Constituição Federal, a fim de criar um novo modelo orçamentário no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com a proposta, o § 9º passaria a apresentar a seguinte redação:

§ 9. As receitas previstas na Lei Orçamentária Anual para a realização da sua programação serão de execução obrigatória, vinculadas às despesas nela previstas, e deverão ter caráter participativo, impositivo e inclusivo, sob pena de caracterização de crime de responsabilidade.

Como justificativa para a alteração, os autores afirmam que, no texto da constituição vigente, a Lei Orçamentária Anual tem caráter “meramente autorizativo”, o que “permite que o Poder Executivo modifique a proposta aprovada pelo Congresso Nacional, de acordo com a sua discricionariedade.” A nova redação constitucional, por sua vez, teria o condão de assegurar que a Lei Orçamentária aprovada pelo Congresso seja cumprida integralmente, de acordo com o argumento dos seus proponentes. O “novo” modelo³⁵ de orçamento público passaria a ter caráter “participativo”, “impositivo” e “inclusivo”, ampliando o canal de participação popular na sua elaboração, proposta e execução.

³³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/586732.pdf>. Acesso em 26.9.2008

³⁴ Além de Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), assinam o projeto os seguintes deputados federais: Nilson Mourão (PT-AC), Luiza Erundina (PSB-SP), Chico Alencar (PSOL-RJ), Maria do Rosário (PT-RS), Hugo Leal (PSC-RJ), Pedro Wilson (PT-GO), Gustavo Fruet (PSDB-PR), Antônio Carlos Pannunzio (PSDB-SP), Antônio Carlos Mendes Thame (PSDB/SP) e Leandro Sampaio (PPS/RJ). A situação partidária refere-se à data de apresentação da proposta, frise-se.

³⁵ A referência a “modelo orçamentário” pode ser entendida, em sentido amplo, como “o conjunto de procedimentos padronizados que devem ser seguidos pelos entes da federação para poderem arrecadar suas receitas e efetuarem suas despesas.” VIGNOLI, Francisco Humberto, *Legislação e Execução Orçamentária*, IN: BIDERMAN, CIRO; ARVATE, Paulo (org.), **Economia do Setor Público**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.365. Diríamos simplesmente normas que vinculam a elaboração das leis orçamentárias.

Para além das boas intenções – que, como se sabe, têm pavimento próprio e especializado no inferno – a proposta faz repensar a relação entre Legislativo e Executivo, bem como o papel desempenhado pelo orçamento público. Deixa também evidente uma tendência da cultura jurídica nacional: a descrença nas instituições e, especialmente, no Poder Executivo.

Há alguns defeitos formais que podem ser apontados à primeira vista. O primeiro e mais evidente é o uso do termo “receitas” em lugar de “despesas”, como sendo objeto da execução obrigatória. Ao contrário do que sugere a redação do dispositivo, não são as “receitas” que, num orçamento impositivo, serão de execução obrigatória. As despesas é que passarão a sê-lo. Aliás, hoje, as receitas – ao menos as tributárias – já são de execução (leia-se: arrecadação) obrigatória. É esse o teor do art.11, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que obriga a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os impostos da competência constitucional do ente público,³⁶ sob pena de ficar impedido de receber transferências voluntárias. A mesma crítica redacional pode ser feita à menção do caráter “participativo, impositivo e inclusivo”, que no texto se refere, equivocadamente, às receitas, não ao orçamento.

Por outro lado, a referência ao crime de responsabilidade configura mero apelo retórico, despenhando uma função político-simbólica no corpo do dispositivo. Poderia ser eliminado sem influir decisivamente no sentido deontológico do parágrafo. A simples menção não “cria” o crime, já previsto no ordenamento brasileiro, nem acresce qualquer elemento ao seu tipo. Aliás, a mesma crítica quanto ao apelo retórico pode ser feita à referência ao caráter “participativo” e “inclusivo” que, na proposta, deveria compor novo modelo orçamentário. Ambas são exigências já

³⁶ Deve-se reconhecer, entretanto, que o preceito do art.11 obriga apenas a Estados e Municípios, já que a sanção prevista não se aplica à União.

presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua vagueza semântica e a falta de instrumentos para sua implementação as mantêm no campo das propostas irrealizadas e das boas intenções. Dois defeitos que a PEC n.º 281/2008 não logra corrigir.

4.1 O contexto da descrença

Por que alterar o modelo orçamentário previsto na Constituição Federal? Os argumentos lançados em favor da PEC n.º 281/2008 apontam a ineficiência do modelo vigente como principal justificativa. Um orçamento público vinculante seria a resposta para a falha recorrente do Estado na Execução da LOA e no cumprimento das tarefas públicas. Uma forma – a única? – de se obter um orçamento que funcione verdadeiramente como lei material.

Tradicionalmente, no Brasil, a elaboração da proposta de lei orçamentária é momento de formalizar expectativas, que se frustram logo em seguida, no momento da execução. Seja pela superestimação de receitas, seja pela aprovação de emendas parlamentares, permite-se uma ampla margem de liberdade para o executor do orçamento, que se converte em mera peça retórica.

Descrente do Executivo, a população redireciona suas expectativas políticas para os demais poderes, esperando que estes cumpram as promessas que a Administração Pública não cumpriu. Parece ser esse o caso também da PEC n.º 281/2008. Depositam-se na lei e no formalismo jurídico todas as esperanças,³⁷ imaginando que modelo orçamentário impositivo seria a chave para solucionar boa parte dos entraves institucionais existentes com relação à despesa pública. Será esta a única solução? Ou mesmo, será esta “uma” solução?

³⁷ ROSENN, Keith S., **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.57.

Este trabalho toma o caminho inverso. Pretende-se, a partir sistema financeiro-orçamentário vigente oferecer uma proposta hermenêutica que não só reavalie as possibilidades de compreensão do debate sobre o sentido deôntico do orçamento público, como ofereça uma alternativa de interpretação para garantir sua efetividade.

CAPÍTULO II – ORÇAMENTO, NORMA E SENTIDO

1. Detrás do óbvio: superando a dicotomia “formal-material”

Nas decisões do STF, assim como nos debates doutrinários, há uma menção recorrente a dois conceitos: o de “lei formal” e o de “lei material”. As duas expressões são amplamente empregadas para explicar ou justificar esta ou aquela postura, sem que, todavia, seu uso seja sempre acompanhado pelo devido esclarecimento quanto ao seu conteúdo. Afinal, o que significa afirmar que o orçamento é “apenas uma lei formal”?

Questionar a existência de um “sentido de lei material” para o orçamento público é buscar nele o conteúdo que se julga intrínseco à noção de lei. Pelo ângulo formal, o elemento definatório do conceito de “lei” estaria no seu órgão produtor e no processo de sua elaboração. Lei é ato do Poder Legislativo, produzido de acordo com procedimento previamente determinado, qualquer que seja seu conteúdo. Por outro lado, a definição de lei em sentido material diria respeito aos atributos de generalidade e abstração que, segundo se supõe, fariam parte do conteúdo de toda lei.³⁸

³⁸ A propósito, afirma Kelsen: “Fala-se de lei em sentido formal em contraposição à lei em sentido material. Esta compreende toda norma jurídica geral. Aquela abrange, quer toda e qualquer norma jurídica geral surgida na forma de lei, isto é, emitida pelo parlamento e – de conformidade com as determinações típicas da maioria das contribuições – publicada por determinada maneira, quer, em geral, todo conteúdo que surja nesta forma. A

“Generalidade” e “abstração”, nesse caso, não seriam expressões sinônimas. Segundo Norberto Bobbio, a primeira noção se refere aos destinatários das normas jurídicas, ao passo que a segunda à ação ou prestação regrada. Portanto, pelo critério dos destinatários, as normas poderiam ser gerais, quando se “dirigem a uma classe de pessoas” ou individuais, se dirigidas a um único indivíduo ou grupo de indivíduos perfeitamente identificados. Quanto à ação ou prestação imposta, poderiam as normas ser classificadas em abstratas, se regulam uma ação-tipo, ou concretas, se voltadas a uma ação singular.³⁹ Conseqüentemente, haveria quatro combinações possíveis: geral e abstrata, individual e concreta, geral e concreta e individual e abstrata. Em princípio, só a primeira se enquadraria no conceito material de lei.

A partir dessa noção preliminar, há duas críticas que se podem fazer ao uso indiscriminado das expressões de que tratamos aqui. A primeira é que “lei formal” é uma expressão de muitos sentidos, e estes nem sempre vêm claramente delimitados no discurso de quem se vale do termo. A segunda diz respeito à eleição da generalidade como elemento essencial ao conceito de lei, o que não é de todo correto. Generalidade é um atributo que, normalmente, se exige da lei para que seja válida ou justa, mas não um elemento indispensável para sua caracterização, como lei.⁴⁰

De toda sorte, quando se trata de analisar o orçamento público, não parece ser exatamente nesse sentido que os financistas se referem à dicotomia entre lei formal e material. À exceção das hipóteses em que se discutem questões referentes

designação “lei em sentido formal” tem, portanto, várias significações.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.255.

³⁹ BOBBIO, Norberto, **Teoria da Norma Jurídica**, 2ª ed, Trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2003, p. 180-181.

⁴⁰ Nesse sentido, vale conferir a seguinte passagem de Pontes de Miranda: “A generalidade não é, pois, essencial à lei; é exigência que, através da evolução humana, se vem fazendo à lei [...]: a regra jurídica há de ser igual para todos os fatos da mesma classe (isonomia).” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Tratado de Direito Privado**, Tomo I, Atual. Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000, p. 52-53.

ao controle de constitucionalidade, generalidade e abstração não são, nos demais casos, o foco do debate sobre a natureza de “lei material” das leis orçamentárias.

Para os financistas, o que importa para caracterizar o orçamento como lei em sentido material não é, ao menos diretamente, seus eventuais destinatários ou a abstração ou individualização das ações que regulam. A idéia de lei “material”, no contexto deste debate, é, bem ou mal, associada à de juridicidade, pressupondo-se que o orçamento seria lei em sentido material se tivesse o condão de obrigar o Executivo a realizar as despesas públicas que prevê. Ou ainda, se pudesse criar, diretamente, direitos e deveres para os cidadãos e para Administração Pública, respectivamente.

Discutir se o orçamento é ou não lei material seria, em síntese, o mesmo que perguntar: “o orçamento vincula?” Uma questão ambígua, plena de questionamentos jurídicos e políticos, como veremos a seguir.

2. O orçamento “vincula”?

Se entendermos que toda lei ou norma jurídica vincula – ou não é jurídica – a resposta que se pode oferecer à resposta acima será um óbvio “sim”. Resposta absolutamente estéril, que pouco informa a respeito da eficácia (jurídica) da lei orçamentária.

Em lugar de se discutir se o orçamento é ou não é, de fato, lei – “material” –, mais importa discutir qual o conteúdo da norma que esta lei introduz no ordenamento jurídico em relação ao Estado: uma faculdade, uma obrigação ou uma permissão? Responder esta questão implica, contudo, que antes assentemos três

pressupostos: 1) a distinção entre texto e norma; 2) a uniformidade sintática das normas jurídicas e 3) interdefinibilidade dos modais deônticos.⁴¹

Com o primeiro deles pretende-se separar noções nem sempre muito claras no discurso do Direito e das Finanças Públicas. Muitas vezes, texto legal e norma jurídica são usados, indistintamente, no mesmo sentido. Em princípio, não há nada errado nisso, mas sem o refino desta distinção torna-se difícil compreender o motivo pelo qual, a partir de um único artigo, normas diferentes são construídas.⁴²

Ademais, toma-se aqui como segundo pressuposto que todas as normas do ordenamento jurídico têm uma mesma estrutura lógica, uma mesma forma sintática: trazem um antecedente e um conseqüente ligados por vínculo de imputação.⁴³ A ocorrência do fato previsto no antecedente faz surgir uma relação jurídica prevista no conseqüente, que tem por objeto um direito e um dever, atribuídos a sujeitos distintos em posições opostas.⁴⁴

Obrigatório, permitido e proibido são as três formas de modalização da relação jurídica, os três sentidos deônticos. Só há três, não existe uma quarta opção. E cada um deles tem a propriedade de definir-se pelo outro com o auxílio do conector negativo: uma conduta será obrigatória se não for permitido omiti-la; será facultativa, se não for obrigatório realizá-la e será proibida se não for permitido realizá-la.⁴⁵ Eis o terceiro pressuposto.

Ao que nos parece, essas são noções fundamentais para uma reformulação do debate acerca da “natureza” do orçamento.

⁴¹ Cf. ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A., **Lógica, Proposición y Norma**, Buenos Aires: Ástrea, 2002, p.123; CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário, Linguagem e Método**, São Paulo: Noeses, 2008, p. 127.

⁴² CAVARLHO, Paulo de Barros, ob. cit., p.137; IVO, Gabriel, **Norma Jurídica: Produção e Controle**, São Paulo: Noeses, 2006, p.41, 48 et passim; STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p.322;

⁴³ VILANOVA, Lourival, **Estruturas Lógicas e Sistema do Direito Positivo**, São Paulo: Noeses, 2005, p. 105

⁴⁴ SANTI, Eurico Marcos Dinis de, **Lançamento Tributário**, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1999, p.38.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, São Paulo: Saraiva, 2004, p.31.

2.1 A “natureza” do orçamento ou os sentidos do termo

É importante perceber que, tal como está posto, o debate quanto à “natureza” do orçamento público evidencia pressupostos típicos da filosofia da consciência, paradigma no qual questionar a natureza de algo seria o mesmo que investigar sua “essência”. No caso, a “essência” do orçamento.

Superando esse modelo, que via na linguagem um terceiro elemento, interpondo-se entre sujeito e objeto, “A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser *condição de possibilidade* para a própria constituição do conhecimento”, como salienta Lenio Streck.⁴⁶ Deixa-se de lado a perspectiva objetivista, instrumentalista ou designativa: “Não há essências. Não há relação entre nomes e coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo.”⁴⁷ Nesse novo contexto, posterior ao chamado “giro lingüístico”, não há mais sentido em se buscar a “essência” das coisas, porque as coisas não têm essências ou têm apenas as “essências” que dizemos que têm.

Daí se impor uma resposta aparentemente evidente à pergunta “Que é o orçamento?” Orçamento é uma palavra. E, como palavra, o orçamento não tem propriamente uma natureza, uma essência: tem sentido. Na verdade, mais de um.

O termo “orçamento” é empregado numa variedade de sentidos jurídicos e não-jurídicos (político, econômico, contábil etc). A princípio, podemos apontar pelo menos sete acepções: (1) qualquer previsão de receitas e despesas (certas); (2) previsão despesas a cobrir com receitas incertas; (3) cada um dos níveis ou veículos do processo de positivação orçamentário; (4) documento contábil; (5) diploma normativo (texto); (6) norma jurídica, e, finalmente, (7) Lei Orçamentária Anual. O

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5ª Ed. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 164.

⁴⁷ Idem, *ibidem*.

mesmo pode-se dizer em relação à expressão “gasto público” ou seu equivalente “despesa pública”. Nesse caso, podemos apontar, pelo menos, seis significados diversos para o termo: (1) o veículo normativo referente à totalidade de dispêndios estatais, em sentido global; (2) cada um dos veículos normativos que tenham por objeto dispêndios estatais, em seus diversos níveis de positivação, e o conteúdo dessas normas, seja este (3) os dispêndios globais ou (4) os dispêndios individualizados; (5) o documento de registra o pagamento e (6) o ato concreto de pagar.

Todas essas representam possibilidades de sentidos ou de usos dessas palavras. Perceber a pluralidade de acepções mais ou menos precisas quanto aos usos que os termos podem ter é fundamental para evitar debates meramente verbais⁴⁸ e, por conseguinte, inócuos. Além disso, permite dar conta que o papel do orçamento na atividade financeira do estado, ou melhor, das normas orçamentárias em sentido amplo, não se esgota num único ato ou numa única norma. Como, de resto, todo o ordenamento jurídico, a atividade financeira do Estado também se processa em variados níveis, indo desde o mais geral e abstrato ao mais individual e concreto. Voltaremos ao tema mais adiante.

2.2 Eficácia jurídico-orçamentária: uma peça de ficção?

Como pudemos observar acima, é comum se chegar à conclusão de que “ou orçamento obriga ou é uma peça ficcional”, sem conceber terceira alternativa. Nessa linha de raciocínio, o orçamento público vinculante seria, então, concebido como a

⁴⁸ Debates em que os interlocutores dissentem por estarem, na verdade, tratando de objetos diversos ou de sentidos diversos de uma mesma palavra. CARRIÓ, Genaro R., **Notar Sobre Derecho y Lenguaje**, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p.96.

única possibilidade de orçamento “eficaz”. Boa parte do debate fica reduzido à seguinte pergunta: o orçamento vincula?

As atenções concentram-se no gasto público, não sobre a arrecadação, o que se justifica porque, ainda que a previsão de receitas desempenhe um papel relevante no texto orçamentário, como veremos mais adiante, atualmente, não mais se estabelece ligação entre esta estimativa e a possibilidade de o ente público cobrar os tributos. Ou seja, a competência tributária não depende do orçamento para ser exercida. Daí que a pergunta “o orçamento vincula?” converte-se em “o orçamento obriga a realização de gastos ou apenas os permite”?

Ante a afirmação de que os três modais são interdefiníveis, a questão de se saber se a lei orçamentária veicula uma obrigação ou uma permissão torna-se vazia, considerando que uma e outra são conversíveis entre si. O importante é determinar a quem e a que ela obriga, proíbe ou faculta. Eis um primeiro ponto a se destacar.

Em geral, quando se investiga a eficácia da Lei Orçamentária Anual tem-se em mente o Estado ou a Administração Pública como destinatário de suas normas. Entretanto, como se sabe, deve haver um segundo sujeito figurando no pólo oposto da relação jurídica, pois, no direito, as relações são sempre irreflexivas: pressupõem sujeitos diversos em posições contrapostas.⁴⁹ No caso, o segundo sujeito seria a própria coletividade, em princípio.

Sendo o orçamento impositivo ou vinculante, a coletividade seria sujeito ativo da relação jurídica, titular, portanto, do direito de exigir a realização do gasto público concreto. O Estado ou a Administração Pública seria o sujeito passivo, cabendo-lhe o dever a ser satisfeito. Na outra hipótese, isto é, no caso de o orçamento conter apenas permissões de gasto e não obrigações, as posições dos sujeitos invertem-

⁴⁹ VILANOVA, L. *op.cit.*, p.148.

se. Tem-se o Estado na posição de sujeito ativo e a coletividade na posição de sujeito passivo.

Em nenhuma das alternativas a lei orçamentária perde seu caráter de norma jurídica. Juridicidade e obrigatoriedade não se confundem. De fato, o direito é uma ordem de coação,⁵⁰ “não há direito que não implique *nele mesmo, a priori, na estrutura analítica de seu conceito*, a possibilidade de ser ‘enforced’, aplicado pela força”, como afirma o filósofo Jacques Derrida.⁵¹ Mas disso não decorre, como acima explicamos, que o orçamento só teria sentido deôntico se veiculasse um dever de efetuar gastos. Ainda que se admita que “a lei orçamentária regula a conduta dos Administradores no modal *permitido*”,⁵² o orçamento não perde, necessariamente, sua eficácia jurídica, nem se converte em mero “ato político”.

Se considerarmos que a Legalidade, pilar do Estado de Direito, implica uma proibição genérica ao Poder Público de fazer algo que a lei não permita, ao contrário dos agentes privados que podem fazer tudo que a lei não proíba, então é fácil entender a função do orçamento como peça autorizativa.⁵³ Só as despesas nele previstas é que podem ser realizadas, todas as outras estão proibidas. Aliás, o caráter de autorização legal seria justamente o elemento distintivo dos orçamentos públicos em relação aos privados. A característica que os tornaria jurídicos, segundo acreditava Maurice Duverger.⁵⁴

O problema dessa tese é deixar ao Estado a dupla alternativa: gastar ou não gastar. Se dos gastos depende a satisfação de necessidades públicas, essa opção

⁵⁰ KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.35.

⁵¹ DERRIDA, Jacques, **Força de Lei**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.8. Grifo original.

⁵² IVO, Gabriel, O processo de formação de lei orçamentária anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio e o princípio da inexauribilidade orçamentária, **Anuário da Procuradoria Geral do Estado da Alagoas**, Maceió: Centro de Estudos da PGE/AL, 2002, p.67.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari, **Fundamentos de Direito Público**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.159; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p.68; MELLO, Celso Antonio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p.91.

⁵⁴ DUVERGER, Maurice, **Instituciones Financieras**, Trad. Jacinto Ros Hombravella, Barcelona: Bosch, 1960, p.224.

conduziria à possibilidade de concretizá-las ou não, o que não parece condizer com o modelo de Estado que encontramos desenhado na Constituição Federal de 1988.

3. Orçamento: meios e metas

A normatização que positiva o gasto público, segundo entendemos, não pode ser compreendida na sua integralidade sem que se considere sua dupla finalidade prescritiva: de meios e de metas. Afirmar simplesmente que o orçamento é apenas “lei de meios”, pondo em destaque o caráter instrumental do orçamento, contribui muito pouco para o debate. A atividade financeira é toda ela instrumental. Aliás, o próprio Direito Financeiro e as Finanças Públicas também o são.

A sucessão de diplomas normativos que compõe o processo de positivação do gasto público inclui esses dois aspectos. Há normas que prescrevem finalidades ou programas a serem logrados, e há normas que oferecem os meios financeiros para financiar as atividades. Com isso não se desconhece o teor instrumental do direito financeiro, mas postula-se a inclusão dos fins da atividade financeira no debate das finanças públicas. Pretende-se evitar um duplo equívoco: de um lado, o erro de excluir do campo das finanças públicas os objetivos que orientam toda a atividade financeira do estado, e, de outro, o erro de discutir as tarefas atribuídas ao Estado, em especial a efetivação dos direitos a prestações,⁵⁵ sem considerar os reais meios de que a sociedade dispõe para tanto.

⁵⁵ Como explica Robert Alexy, esse conjunto dos direitos a prestações em sentido amplo abrange três espécies de direitos: (1) os direitos à proteção, (2) direitos à organização e ao procedimento e, finalmente, (3) direitos a prestações em sentido estrito, tendo em comum todas essas espécies o fato de demandarem atuações positivas por parte do Estado. Todos, em maior ou menor intensidade, geram custos e, portanto, repercutem no orçamento, ainda que indiretamente: “A escala de ações positivas do Estado que pode ser objeto de um direito a prestações se estende desde a proteção do cidadão frente aos outros cidadãos através de normas do direito penal, passando pelas normas de organização e procedimento, até prestações em dinheiro e bens”. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Trad. Ernesto G. Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda reimpresión, mar., 2001, p. 247.

Em graus de determinação variáveis, todos os níveis do processo de positivação do gasto público envolvem considerações atinentes a recursos e aos fins a que devem ser destinados. Isto é, meios e metas. Diante dessa dupla perspectiva, cada um dos diplomas normativos que compõem o processo de positivação orçamentária inclui normas de duas espécies: umas indicando objetivos, formulando programas que devem ser perseguidos; outras, oferecendo meios financeiros para lográ-los. Nas primeiras, observa-se o modal deôntico obrigatório, uma vez que as tarefas atribuídas ao Estado sempre o são em tom de obrigação, não de faculdade. Nas segundas, o modal facultativo, já que os meios econômicos oferecidos implicam uma permissão de gasto para que se efetive determinado programa. Essas normas aplicam-se conjuntamente, umas oferecendo recursos, outras, objetivos, podendo estar presentes num mesmo dispositivo ou em dispositivos diversos, como em geral ocorre.

Se o objetivo ou programa em questão puder ser efetivado sem aquela despesa ou sem que a despesa atinja a integralidade do montante previsto, então não é preciso que o gasto se realize. Agora, o gasto, obviamente, não pode se afastar da meta prevista, sob pena de desvio de finalidade e responsabilização funcional. As dotações orçamentárias são limites máximos⁵⁶ dos gastos que podem ser realizados com determinadas finalidades. Não há a obrigação de sua total realização, desde que o objetivo a que se destina seja alcançado. A realização do programa é obrigatória, o gasto não. O gasto público pode ser necessário ou não para que se realize o programa positivado, mas não será, em si mesmo, posto em termos obrigatórios na lei orçamentária. Ao afirmar que o orçamento traça planos ou objetivos, que obrigatoriamente devem ser cumpridos, e oferece recursos para lográ-

⁵⁶ FRANCO, António L. de S., ob. cit., p.432.

los, “Esta obrigatoriedade não exclui as economias, ou seja, a diferença a menor do gastado em relação ao orçado, sempre que esta diferença não implique descumprimento do plano”, como salienta Dino Jarach⁵⁷.

A despesa pública não é em si mesma um fim; é meio (jurídico) para a concretização das finalidades atribuídas o Estado. O que não é lícito é o gasto ser realizado fora da meta imposta.

4. Processo de positivação do gasto público

A partir da multiplicidade de sentidos possíveis que acima pudemos apontar e da duplicidade de normas – de meio e de metas – que estão implicadas no processo de positivação do gasto público, é possível perceber que o papel do orçamento na atividade financeira do estado, ou melhor, das normas orçamentárias em sentido amplo, não se esgota num único ato ou numa única norma.

Como, de resto, todo o ordenamento jurídico, a atividade financeira do Estado também se processa em variados níveis, indo desde o mais geral e abstrato ao mais individual e concreto. As normas jurídicas não se colocam umas ao lado das outras, todas no mesmo plano. A ordem jurídica, como afirma Kelsen, é uma “construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”, ligadas por uma relação de “supra-infra-ordenação”.⁵⁸ Há sempre hierarquia, este é um axioma de qualquer ordem positiva, embora a forma de realizá-lo possa variar em cada sistema positivo.⁵⁹

Como metáfora, pode-se representar o ordenamento jurídico-positivo de forma piramidal, dividida em diversos níveis, indo do degrau mais genérico e abstrato ao mais individual e concreto. No nível mais alto, a Constituição; abaixo,

⁵⁷ JARACH, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. Buenos Aires: Cangallo, 1983, p. 80.

⁵⁸ KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247.

⁵⁹ CAVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário, Linguagem e Método**, São Paulo: Noeses, 2008, p. 217.

todos os demais níveis de positivação do ordenamento jurídico: instrumentos introdutórios primários (leis) e secundários (normas administrativas e normas introduzidas por atos privados).⁶⁰ Essa estrutura parte da compreensão de que todo ato de aplicação do direito também é um ato de criação jurídica, à exceção dos dois extremos da pirâmide: a norma fundamental, que não decorre da aplicação de nenhuma outra, e os atos de mera execução, que nova norma não criam. Cada norma criada busca fundamento de validade na norma da qual deriva, do modo que uma norma seria superior a outra quando lhe servisse de fundamento de validade. Essa hierarquia e dinâmica caracterizam o processo de aplicação-criação do direito positivo, que vai do nível mais geral e abstrato ao mais individual e concreto.⁶¹

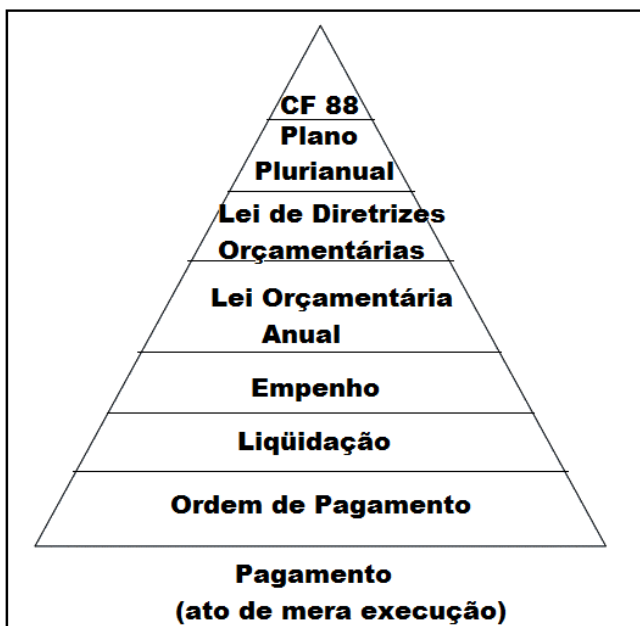
A mesma imagem também serve para ilustrar o processo de desenvolvimento da atividade financeira do Estado, que vem desde o estabelecimento das finalidades estatais mais gerais até a mais concreta efetivação do gasto. Chamaremos este caminho de “processo de positivação gasto público”, usando esta expressão na sua acepção mais ampla. A atividade financeira, focada especialmente sobre a vertente do gasto público, é tomada como uma sucessão de meios e metas, partindo dos níveis mais genéricos e abstratos até os individuais e concretos. Nesse sentido amplo, a atividade financeira estatal começa na Constituição Federal: a primeira e mais genérica previsão objetiva a serem perseguidos na atuação estatal. Toda e qualquer referência às tarefas estatais ou mais especialmente àquelas que, em princípio, impliquem dispêndio de receitas públicas estão compreendidas na atividade financeira do Estado, em sentido amplo.

⁶⁰ CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.74.

⁶¹ Generalidade e individualidade são atributos que dizem respeito aos destinatários da norma, situados no conseqüente da estrutura prescritiva. Abstração e concretude, à situação fática descrita no antecedente normativo. Há quatro possibilidades: normas gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas e individuais e concretas. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, 2ª ed., Bauru: Edipro, 2003, p. 180-181.

No sistema orçamentário adotado no Brasil, abaixo da Constituição, há, sucessivamente, três níveis legislativos: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. A seqüência de espécies normativas aponta para o sentido moderno da lei orçamentária, como plano de atuação estatal, e, em tese, deveria restringir a liberdade do legislador orçamentário, atrelando a elaboração do orçamento aos planos estabelecidos na LDO e esta ao PPP.

A edição da Lei Orçamentária Anual, entretanto, não esgota a sucessão normativa. Abaixo dela, há ainda uma série de normas de menor hierarquia, continuando o processo de positivação do gasto e aproximando-se cada vez mais do gasto concreto. Para que se efetive, cada despesa, agora individualmente considerada, depende, além de dotação orçamentária específica, de três etapas: empenho, liquidação e pagamento. Mais três níveis da sucessão normativa antes iniciada, cada um deles resultando da aplicação de outra norma que lhe é imediatamente superior.



O empenho é, segundo a redação do artigo 58, da Lei nº 4.320/64, é “o ato que cria para o Estado a obrigação de pagamento”. Visto do ângulo normativo, o “ato de empenho” introduz uma norma no ordenamento, a “norma de empenho”. Esta, por seu turno, uma vez aplicada no “ato de liquidação” dará lugar à

nova norma, “norma de liquidação”. Vejam-se, a propósito, os artigos 59 e 60, da Lei nº 4.320/64, o primeiro, determinando que o empenho não deverá exceder o limite

dos créditos concedidos; o segundo vedando a realização de despesa sem prévio empenho.

Na seqüência, obedecendo-se ao mesmo raciocínio, tem-se a “ordem de execução”, ato da autoridade competente que determina o “pagamento”, aqui entendido como ato de mera execução, encerrando a sucessão normativa.

4.1 Ordem de pagamento

Essa imagem da sucessão normativa, que representa o processo de positivação do gasto público, parte de uma concepção mais ampla da atividade financeira e do conteúdo das normas orçamentárias. Pressupõe a construção das normas orçamentárias com duplo sentido deôntico, a partir de disposições que podem não pertencer sequer ao mesmo diploma legislativo. Normas de meio e normas de metas. Entretanto, deve-se reconhecer que, à medida que a sucessão normativa afasta-se da Constituição e aproxima-se de seu termo final – o pagamento –, fica mais difícil perceber a distinção entre o que seria meio e o que seria meta.

No plano administrativo, a “ordem de pagamento”, como o próprio nome indica, não veicula uma faculdade, mas uma obrigação para o funcionário ao qual se dirige. É um dever, “determinando que a despesa seja paga”, de acordo com o art. 64, da Lei n.º 4.320./64. Altera-se, portanto, o modal deôntico em questão. Se até esse instante da sucessão normativa a despesa pública era apenas autorizada pelas normas financeiras, a partir deste ponto, torna-se obrigatória, sujeitando o funcionário encarregado, em caso de descumprimento, às sanções administrativas aplicáveis ou penais, se for o caso.⁶² Ainda assim, para que seja lícito ordenar a despesa, é preciso que haja antes, no plano legislativo (leia-se: no orçamento), uma

⁶² Havendo interesse ou sentimento pessoal, a omissão pode configurar o crime de prevaricação, previsto no art. 319, do Código Penal.

autorização para o gasto. Do contrário o ordenador ficará sujeito à sanção do art.359-D, do Código Penal.

CAPÍTULO III – ORÇAMENTO COMO NORMA E AS NORMAS QUE VINCULAM O ORÇAMENTO

1. Orçamento como norma: hipóteses e conseqüentes

Ao dizer que as leis orçamentárias têm feição dúplice, incluindo normas que impõem metas e normas autorizam meios, estamos nos referindo, num e noutro caso, aquele que seria o conseqüente, o preceito dessas normas. Mas qual seria sua hipótese?

Para manter a coerência com o pressuposto antes assentado, de que toda norma jurídica forma-se de antecedente e conseqüente, é preciso delimitar, então, qual seria a hipótese ou o antecedente da norma orçamentária. Neste ponto ganha destaque o tema das receitas públicas, que, nesta exposição, até agora tem sido tratada apenas indiretamente.

1.1 A relação receita-despesa e o equilíbrio

A relação despesa-receita, abstratamente considerada, é um pressuposto da atividade estatal. Em tese, não houvesse receitas, de nenhuma espécie, não haveria despesas possíveis. Logo, poderíamos afirmar uma relação necessária entre

despesas e receitas como as duas faces da atuação estatal, dois lados da mesma moeda.

Aceitando que a função do orçamento é dar o destino das receitas públicas, percebe-se que mesmo que nele não houvesse menção expressa a elas, sua existência seria um pressuposto da própria atividade financeira e, pois, da elaboração do orçamento público. A existência de alguma receita, ainda que transferida, ainda que decorrente de empréstimo, concretiza a liberdade como pressuposto ontológico do regramento de condutas. O que não é possível, não pode ser obrigatório, nem permitido; a liberdade de agir é um pressuposto do regramento de condutas.⁶³ Para que tenham algum sentido, as prestações prescritas pelas normas requerem o contexto das possibilidades fáticas. Prescrever o que factualmente é impossível, carece de sentido, tanto quanto obrigar o que é factualmente necessário.⁶⁴ Portanto, quer se tome o orçamento como norma que autoriza despesas, quer como norma que as obriga, não haveria sentido nem numa, nem noutra se a existência de receitas (possíveis) não fosse ao menos pressuposta.

Decerto que aqui não nos referimos à mera impossibilidade momentânea, por insuficiência de receitas, nem damos suporte à retórica da “reserva possível”, como argumento para justificar a inação do Poder Público.⁶⁵ O que se afirma é tão-somente a relação lógica e abstrata entre arrecadação e gasto, sendo aquela o pressuposto deste. E, ao contrário do possa parecer à primeira vista, esta

⁶³ AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José; RAFFO, Julio, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p.355 e ss.

⁶⁴ VILANOVA, Lourival, op. cit., p.72.

⁶⁵ O argumento da “reserva do possível” coloca, de modo abstrato e apriorístico, a limitação de recursos públicos como barreira fática à realização dos direitos sociais prestacionais, impossibilitando sua exigência acima de um limite social básico. Apesar de seus muitos defensores, a tese é objeto de duras críticas pelo modo acrítico como foi transplantada da Alemanha para o Brasil, um país com um texto constitucional e um contexto social completamente diversos do alemão. Cf. KRELL, Andreas J., **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”, Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p.51-57.

concepção da atividade financeira e orçamentária não conduz à idéia de que entre receitas e despesas haja uma necessária relação de equilíbrio.

O equilíbrio entre receitas e despesas, em seus muito sentidos,⁶⁶ não é um axioma do direito financeiro, tampouco do Estado de Direito. É uma opção político-legislativa, dentre outras possíveis. Não é preciso que haja paridade entre despesas e receitas orçamentárias para que as decisões político-orçamentárias sejam tidas como válidas e legítimas. Há casos em que as circunstâncias socioeconômicas recomendam exatamente o contrário. O déficit público pode ser um importante instrumento de desenvolvimento do Estado Intervencionista. Nesse caso, deixa-se de lado o equilíbrio orçamentário anual, para privilegiar o equilíbrio da própria economia.⁶⁷ No ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal positivou o equilíbrio das contas públicas como meta da gestão responsável (art. 1º, §1º da), imputando inclusive conseqüências negativas a seu descumprimento, vale ressaltar.

1.2 O sentido da previsão de receitas no orçamento

No plano do direito positivo, o sentido ou o papel da previsão de receitas orçamentárias dependerá de estar ou não positivado no ordenamento o princípio da anualidade orçamentária. Vigente este princípio, o orçamento público tem dupla feição autorizativa, em relação às receitas e também às despesas: é “um acto

⁶⁶ Nas Finanças Públicas, pode-se falar em equilíbrio em diversas acepções: (1) equilíbrio financeiro, em sentido amplo, para englobar crédito público, orçamento, patrimônio público e o equilíbrio global da economia e (2) equilíbrio orçamentário, em sentido restrito, observando apenas a situação estática descrita na peça orçamentária. Em se tratando de equilíbrio orçamentário, tem-se (a) equilíbrio formal, se o que se pretende é a existência de uma situação contabilística de igualdade entre despesas e receitas, sem restringir estas últimas, e (b) equilíbrio substancial, quando se leva em consideração apenas determinadas espécies de receitas (por exemplo, excluindo empréstimos) para verificar-se a situação das contas públicas. Além disso, a idéia de equilíbrio pressupõe a escolha de determinado critério econômico variável segundo o modelo teórico adotado. Cf. FRANCO, António L. de Sousa, **Finanças Públicas e Direito Financeiro**, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 365-390.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da, **Orçamento-Programa no Brasil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.5.

jurídico praticado pelo poder legislativo, que autoriza anualmente a cobrança de impostos (e tendencialmente de todas as outras receitas públicas) e que fixa as despesas públicas”, como explica Sousa Franco, diante do ordenamento português.⁶⁸

No Brasil, a anualidade, em relação a receitas e despesas, fez-se presente na ordem constitucional até a Emenda n.º 18/1965. Na Constituição Federal de 1988, o antigo princípio da anualidade manteve-se apenas em relação às despesas, dando lugar, no campo da tributação, à Anterioridade, em sua dupla limitação temporal: ano-calendário (art.150, III, “b”) e noventena (art. 150, III, “c”).⁶⁹

Ausente o princípio da anualidade, a previsão de receitas públicas ganha sentido diferente no direito positivo. Deixa de haver a necessidade de renovação anual da autorização para a cobrança de tributos, e a previsão de receitas – tributárias – não traz efeito algum no tocante à efetiva possibilidade de sua cobrança.

Qual, então, o sentido atual da previsão de receitas no orçamento público? O valor estimado das receitas é base para toda elaboração do orçamento. Na Lei Complementar 101/2000, a previsão, instituição e arrecadação de todos os tributos de competência do ente federativo são eleitas como requisitos essenciais da gestão fiscal responsável (art.11). Como elemento de controle, a previsão geral das receitas que serão (ou poderão ser) arrecadadas no exercício financeiro é um dado fundamental para o planejamento e o controle das contas públicas

Sem prejuízo de outras funções, no plano intranormativo, o valor das receitas estimadas servirá de critério para se determinar o valor total dos créditos

⁶⁸ FRANCO, António L. de Sousa, **Finanças Públicas e Direito Financeiro**, Vol.I, 4ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007, p.340.

⁶⁹ SCHOUERI, Luis Eduardo, **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.268.

orçamentários e, pois, das despesas autorizadas.⁷⁰ Entre os requisitos de adequação da despesa pública em relação à LOA, a Lei Complementar n.º 101/2000 menciona a necessidade de dotação específica e suficiente para que o dispêndio possa ser validamente realizado (art.16, §1º). A disposição reforça a já evidenciada relação entre ingressos e gastos, estabelecendo ainda como limite para cada despesa ou conjunto de despesas especificamente considerado um determinado montante de receitas, fixado a partir de um recorte ou de uma delimitação da cifra global de ingressos auferidos. Tal construção nos autoriza a atribuir às receitas estimadas no orçamento (e repartidas em dotações) o papel de elemento da hipótese normativa de cada norma que autoriza o gasto público.

Destarte, se, abstratamente, a existência de receitas figura como pressuposto da despesa pública, então a estimativa de receita, por sua vez, tem a função de adensar o conceito de receita pública antes posto apenas em termos formais. Quantifica-o e serve de critério para delimitar o valor do gasto público autorizado.

2. Orçamento como texto: caudas orçamentárias e outras excrescências

Afirmar que o orçamento público inclui normas que estipulam objetivos e atribuem meios para atingi-los pressupõe a distinção, hoje amplamente difundida, entre norma jurídica e texto legal. Pressuposto este, aliás, que já assentamos acima.⁷¹ Quando mencionamos “normas orçamentárias” temos em mente essas duas espécies de normas: as que fixam objetivos e as que estabelecem ferramentas jurídico-financeiras para lográ-los. Seria este o teor das normas orçamentárias. No entanto, se tomarmos o orçamento como diploma normativo (texto), é fácil perceber

⁷⁰ O que não implica, no entanto, um orçamento sempre equilibrado, uma vez que as receitas representadas poderiam decorrer do incremento da dívida pública, gerando ou aumentando o déficit público.

⁷¹ Vide supra, cap. II.

que nele podem ser incluídas disposições que não cuidam, efetivamente, nem de receitas, nem despesas públicas.

O mais comum exemplo são as chamadas “caudas orçamentárias”: prescrições completamente estranhas ao conteúdo orçamentário, que não cuidam nem de previsão de receitas, nem de fixação de despesas, mas nele são inseridas para que sua aprovação aproveite-se da celeridade do rito do processo legislativo aplicável a espécie legislativa. A prática dos orçamentos “rabilongos”, que já foi muito comum no cenário político brasileiro, atualmente encontra proibição expressa no artigo 165, § 5º, da Constituição Federal de 1988. Só que esta não é a única forma de disposição excrescente que pode ser encontrada no diploma orçamentário.

É possível também encontrar disposições que, embora se refiram, de algum modo, a despesas ou a receitas públicas, não deveriam, em princípio, constar do diploma orçamentário, porque não fixam programas, nem meio financeiros para a atuação estatal. Um exemplo disso pode ser encontrado na Lei Orçamentária n.º 10.640/2003, que foi objeto da ADIn n.º 2.925-9, apreciada em 19.12.2004. Julgada procedente em parte a demanda, deu-se interpretação conforme a Constituição ao artigo 4º daquele diploma para impedir que sua norma implicasse abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação das receitas decorrentes da CIDE a que se refere o art. 177, § 4º, da Constituição Federal. Fosse a norma em questão uma típica previsão orçamentária, provavelmente, a ação não teria sido sequer conhecida pelo STF, que costumeiramente nega-se a controlar a constitucionalidade de leis orçamentárias, sob o argumento de que são “lei de efeitos concretos”.

A questão de se saber o que pode e o que não pode constar no diploma orçamentário encontrará resposta no direito positivo de cada país. Na Espanha, por exemplo, o art. 134, da Constituição autoriza que a lei orçamentária veicule normas

modificando tributos, se a lei ordinária que os institui assim o permitir. O orçamento mesmo só não pode criá-los.⁷² A mesma regra, todavia, não pode ser encontrada no nosso ordenamento. Nada obstante, a proibição do art. 165, § 5º, da Constituição Federal – de inclusão de disposição estranha a previsão de receita e fixação de despesa – não elimina do texto orçamentário o estabelecimento de projetos e programas. Ainda que a norma que estabelece o programa a ser implementado seja geralmente construída a partir também dos textos da LDO e do PPP, os programas não estão excluídos do texto do orçamento público. Isso se percebe de forma clara no texto do art. 167, I, da Constituição Federal, que proíbe “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”.⁷³

Enfim, fazemos essa ressalva para deixar claro que nada impede que se encontrem inseridos no corpo de um diploma normativo-orçamentário enunciados que não configurem normas orçamentárias propriamente ditas.

3. “Vinculações orçamentárias” e normas de competência

Essa visão – do orçamento como diploma normativo reunindo normas de meios e metas – permite que se possa enxergar as “vinculações orçamentárias” por uma perspectiva um tanto diferenciada. À primeira vista, pode parecer que a concepção aqui proposta destoa totalmente das prescrições – sobretudo as constitucionais – que estabelecem percentuais obrigatórios de gastos públicos em determinadas áreas, como saúde e educação, ou destinação obrigatória de receita de tributos, mas isso não é verdade.

⁷² MOLINA, Pedro Manuel Herrera, *La Exención Tributaria*, Madrid: Colex, 1990, p.127.

⁷³ Em 1979, Hely Lopes Meirelles fazia comentário semelhante, em defesa do orçamento-programa, referindo-se ao artigo 65, § 1º, da Constituição Federal então vigente. Dizia ele que, ao vedar emendas que aumentassem as despesas destinadas a projetos e programas ou que lhes modificassem o montante, a natureza e o objetivo, a Constituição fazia opção por incluí-los no orçamento anual. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 159.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o tema das “vinculações orçamentárias” muitas vezes envolve uma variedade de conteúdos e formas jurídicas diversas. Numa acepção ampla, o termo “vinculação” pode designar qualquer forma de restrição à liberdade de disposição orçamentária: proibições ou obrigações. Decerto, a segunda acepção, de obrigação, é mais freqüente do que a primeira, tendo em vista as disposições dos artigos 212 e 198 da Constituição Federal. Ainda assim, o primeiro sentido também é aceitável.

Como obrigação, as vinculações podem compreender: (1) percentuais de gastos inseridos como obrigatórios no texto constitucional; (2) tributos de destinação obrigatória; (3) pagamento que devem ser incluídos no orçamento, como os precatórios judiciais e as obrigações resultantes de contratos firmados pelo poder público e (4) despesas recorrentes,⁷⁴ como o com pagamento de pessoal. As regras dos artigos 198 e 212, da Constituição Federal, estabelecem para os entes federados obrigatoriedade de destinação de percentuais mínimos de recursos para as áreas de saúde e educação, respectivamente. Também no plano constitucional, o art. 100 exige a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária para o pagamento de débitos decorrentes de precatórios judiciais expedidos. No que se refere ao plano infraconstitucional, pode-se citar o artigo 9º, § 2º, da LC 101/2000, que proíbe seja objeto de limitação as despesas que decorram de obrigações constitucionais ou legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao

⁷⁴ De acordo com a classificação da Lei n.º 4.320/64, as “despesas de custeio” seriam uma subespécie das “despesas correntes”, caracterizadas aquelas como dotações destinadas a financiar a manutenção de serviços anteriormente criados, aí incluídas também obras de adaptação e conservação de bens imóveis (art.12, § 1º, da Lei n.º 4.320/64). Entre as despesas de custeio se inserem os gastos com pessoal, civil e militar, material de consumo, serviços terceirizados e outros encargos relacionados à manutenção do serviço.

pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela LDO. A sua maneira, cada uma dessas hipóteses seria uma forma de despesa “vinculada”.⁷⁵

Por outro giro, é de se reconhecer que, em alguma medida, toda despesa pública, bem como toda receita pública, é vinculada, porque a gestão do dinheiro público nunca fica ao livre alvedrio de quem o administra. Todo gasto público é efetivado de acordo com uma finalidade que dever ser igualmente pública. Em certo sentido, que fazem as leis orçamentárias senão vincular (ou destinar) verbas?

Ainda assim, não nos parece correto entender a vinculação como sendo o emprego do modal deôntico obrigatório na composição da norma orçamentária que tem por objeto o gasto público, como meio. Em todas as hipóteses acima citadas, não há norma orçamentária obrigando o pagamento. Está obrigação, quando existente, decorre de outra norma, situada em outro diploma normativo ou mesmo num contrato. Na lei orçamentária, o gasto, em si mesmo, é sempre uma faculdade; o modal deôntico obrigatório diz respeito apenas à realização do programa a que se vinculam as receitas.

Quando a Constituição Federal estabelece percentuais mínimos de gasto com saúde e educação (artigos 198 e 212) firma norma de competência. Norma que condiciona a criação da Lei Orçamentária Anual: obriga a inclusão de determinada finalidade e o oferecimento de meios econômicos em limites mínimos para lográ-la. Isso, entretanto, não faz com que cada uma das dotações orçamentárias para saúde ou educação, especificamente consideradas, converta-se em gastos obrigatórios. Nem autoriza o gasto sem prévia dotação orçamentária.

⁷⁵ Para Regis Fernandes de Oliveira, a destinação cria limitações *ao executor* orçamentário, que não poderá deixar de pagar as obrigações constitucionais e legais e, especialmente, o “serviço da dívida. OLIVEIRA, Regis Fernandes, **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008, p. 324.

Em voto prolatado na ADIn n.º 2925, o então Ministro Sepúlveda Pertence explica a necessidade de dotação orçamentária, mesmo nos casos de receitas vinculadas:

Ninguém duvida, a meu ver, os dez Ministros presentes, que o artigo 177, § 4º, inciso II, da Constituição, criou uma vinculação de receita iniludível, que alcança todo o montante arrecadado a título da CIDE. [...] Ninguém duvida também de que, em função das regras básicas do processo orçamentário constitucional, essa vinculação não obriga a despendar, em cada exercício, toda a arrecadação desta contribuição ou de outras receitas vinculadas. O dispêndio depende de dotação orçamentária.

A passagem evidencia a tese aqui defendida. A vinculação aplica-se à elaboração do orçamento, mas não autoriza diretamente o gasto, embora só se efetive, de fato, por meio deste. Daí seguir-se a conclusão de que, se o mesmo objetivo pode ser atingido sem o esgotamento da dotação orçamentária, impõe-se que o valor restante não seja desperdiçado, sob pena de desvio de finalidade. O excedente não empregado será novamente destinado para outro programa ou finalidade, que nem mesmo precisa situar-se no mesmo campo (por exemplo, saúde), se o percentual mínimo exigido na Constituição já tiver sido atingido.

A vinculação, portanto, estabelece-se um nível acima do nível em que está a Lei Orçamentária Anual, no plano das competências.

4. Desvios na execução orçamentária

A indistinção das duas espécies normativas que compõem as leis orçamentárias e, grosso modo, os demais diplomas que tomam parte no processo de positivação do gasto público podem conduzir as duas sortes de desvios na sua execução.

O primeiro desvio seria o de supor que, como orçamento é autorizativo, a Administração pode dar ao dinheiro público o destino que desejar, desde que o aplicando a finalidades públicas. O segundo equívoco está no extremo oposto: é achar que o gasto público deve ser realizado obrigatoriamente, mesmo que não se revele necessário para o atendimento da meta positivada.

Na última hipótese, tem-se vício da **burocratização** do gasto público, que consiste na avaliação dos gastos independentemente dos resultados, como se a utilização dos meios – e não o atendimento dos fins – é que fosse obrigatória. É o que ocorre nos casos em que se questiona a não utilização de toda verba disponibilizada a certo órgão, ainda que a meta tenha sido lograda. Avalia-se a execução orçamentária apenas examinando se a despesa foi ou não realizada, como se o gasto fosse um fim em si e o modal deontico em questão fosse o “obrigatório”.

O segundo vício é o da **banalização** da despesa pública, que existe quando se desconsidera o aspecto de programa – obrigatório – do orçamento, no que diz respeito às atividades e aos objetivos da atividade pública. Nesse caso, a perspectiva dos fins da atividade financeira é deixada de lado e o gasto público converte-se em permissão vazia. O que implica, inclusive, rejeitar-se o controle financeiro, no que diz respeito a gastar ou não, sob o argumento de que se trata de uma – mera – faculdade do executor da despesa.

Pode-se perceber que, nos dois casos, têm-se situações extremas, aqui mencionadas a título didático, nas quais o que existe é a desconsideração da dualidade meios/metastas ou mesmo a confusão de modais deonticos. Em todo caso, ao mencionar “desvios”, obviamente, não nos referimos a “desvio de verba”, nem ao

crime de corrupção. Para essas situações, o ordenamento jurídico reserva a tutela penal.

CONCLUSÃO

O desejo de um orçamento cada vez mais vinculado ou mesmo de um “orçamento impositivo” reflete a descrença do povo nas instituições políticas e, sobretudo, no Poder Executivo. Deposita-se na lei a esperança que não se tem nas pessoas – ou mais precisamente, nos representantes do povo. Como se a simples edição de um diploma pelo legislativo pudesse, atuando *per se*, solucionar, de forma prescritiva, todos os problemas subjacentes na realidade socioeconômica brasileira. É a lei que *faz, protege, impõe, age* – dá-se à lei o protagonismo da ação pública, convertendo-a em sujeito transformador da realidade social.

O problema se agrava quando o que está em jogo é a Lei Orçamentária, que tem como principal tarefa a alocação de recursos públicos. Espera-se que o orçamento possa interferir na realidade social, transformando-a. Mas, a princípio, o orçamento é apenas um texto, e os textos não *fazem* nada, não *dizem* nada. São mera possibilidade de sentido, a ser determinado pelos sujeitos.

É o uso que constrói o(s) sentido(s) dos textos, inclusive dos textos legislativos. A possibilidade de se exigir a efetiva realização das promessas estampadas na lei orçamentária, não passa, necessariamente, por uma alteração do texto constitucional. E a alteração do texto constitucional não garante uma mudança de sentido, se a prática institucional permanece a mesma. Ainda que, quanto à

despesa público, o orçamento modalize-se no sentido de autorização, os programas e metas são sempre obrigatórios. Portanto, exigíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFTALIÓN, Enrique R., VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2001.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 2925. Relatora originária: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Julgada em 19.12.2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 2033, Relator: Min. Néri da Silveira. Redator para o Acórdão: Min. Nelson Jobim. Julgada em 17.12.1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 1905-01. Relator: Min. Sydney Sanches. Julgada em 12.2.98.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 17184. Relator Ministro Ribeiro da Costa. Julgado em 3.7.1952.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Indústrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre Vendas e Consignações. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 71, jan./mar., 1963, p. 324-371.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.

BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições: regime jurídico, destinação e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª ed, Trad. Fernanda Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

DEODATO, Alberto. **Manual de Ciência das Finanças**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUVERGER, Maurice. **Instituciones Financieras**. Trad. Jacinto Ros Hombravella. Barcelona: Bosch, 1960

FRANCO, António L. de Sousa. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Vol.I, 4ª Ed., Coimbra: Almedina, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988, (Interpretação e Crítica)**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: Produção e Controle**. São Paulo: Noeses, 2006.
_____. O processo de formação de lei orçamentária anual: a rejeição do projeto de lei e o princípio da inexauribilidade orçamentária. **Anuário da Procuradoria Geral do Estado da Alagoas**. Maceió: Centro de Estudos da PGE/AL, p.59-84, 2002.

JARACH, Dino. **Finanzas Públicas y Derecho Tributario**. Buenos Aires: Cangallo, 1983.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, **Tratado de Direito Privado**. Tomo I, Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000.

MOLINA, Pedro Manuel Herrera. **La Exención Tributaria**. Madrid: Colex, 1990.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008

_____. Deve o orçamento ser cumprido? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n.672, 8 de maio 2005. Disponível em: <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6698](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6698)>. Acesso em: 26 set. 2008.

- REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ROJAS, Andres Serra. **Derecho Económico**. 3ª ed. México: Porrúa, 1993.
- ROSENN, Keith S. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTI, Eurico Marcos Dinis de. **Lançamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Orçamento-Programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5ª Ed. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- VIDIGAL, Geraldo, **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- VIGNOLI, Francisco Humberto. Legislação e Execução Orçamentária, IN: BIDERMAN, CIRO; ARVATE, Paulo (org.), **Economia do Setor Público**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004
- VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

ANEXO – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 281, de 2008

Estabelece a execução obrigatória da Lei Orçamentária Anual e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O artigo 165 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo nono, renumerando-se o seguinte:

“Art.165.....

§ 9. As receitas previstas na Lei Orçamentária Anual para a realização da sua programação serão de execução obrigatória, vinculadas às despesas nela previstas, e deverão ter caráter participativo, impositivo e inclusivo, sob pena de caracterização de crime de responsabilidade.

.....”

Art. 2º Está Emenda Constitucional entra em vigor em 1º de janeiro do ano seguinte a sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A Constituição Federal, atualmente, prevê que a Lei Orçamentária Anual tem caráter meramente autorizativo.

A situação ora vigente permite que o Poder Executivo modifique a proposta aprovada pelo Congresso Nacional, de acordo com a sua discricionariedade.

A presente proposta visa a assegurar que a Lei Orçamentária aprovada pelo Congresso Nacional seja cumprida na sua integralidade.

Tal medida é um grande passo na política de responsabilidade fiscal brasileira e uma evolução no sistema político brasileiro, visto que nas principais democracias do mundo o Poder Executivo é obrigado a cumprir o orçamento estabelecido pelo Legislativo

Sem dúvida, esta medida é fundamental para que a população acompanhe o controle da execução orçamentária em todos os níveis nos entes federados.

Além disso, deverão ter caráter participativo, impositivo e inclusivo para possibilitar que a sociedade participe de modo efetivo na sua elaboração, implementação e execução do orçamento, atendendo aos seus anseios.

A Proposta de Emenda estabelece, ainda, que a mesma entrará em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua promulgação, de modo que haja tempo suficiente para a elaboração criteriosa das leis complementares e ordinárias, necessárias a sua implementação.

Em de julho de 2008.

DEP. LUIZ CARLOS HAULY
PSDB-PR

DEP. NILSON MOURÃO
PT-AC

DEP. LUIZA ERUNDINA
PSB-SP

DEP. CHICO ALENCAR
PSOL-RJ

DEP. MARIA DO ROSÁRIO
PT-RS

DEP. HUGO LEAL
PSC-RJ

DEP. PEDRO WILSON
PT-GO

DEP. GUSTAVO FRUET
PSDB-PR

DEP. ANTÔNIO CARLOS PANNUNZIO
PSDB-SP

DEP. ANTÔNIO CARLOS MENDES THAME
PSDB/SP

DEP. LEANDRO SAMPAIO
PPS/RJ