

FINANÇAS PÚBLICAS, ECONOMIA, E LEGITIMAÇÃO: ALGUNS ARGUMENTOS EM DEFESA DO ORÇAMENTO AUTORIZATIVO.

Fernando Fróes Oliveira*

Sumário: 1 – Breve Introdução; 2 – Economia, orçamento e finanças públicas: sobre a relação receita-despesa no Estado contemporâneo; 3 – Orçamento vinculante. Entendimento correto do tema: limites e possibilidades; 4 – Orçamento e atuação judicial. Sobre a chamada reserva do possível fática³; 5 – Conclusão

1 – Breve introdução

É fato que o Direito Constitucional tem passado, nessas últimas décadas, por profundas alterações, que são em muito reflexo da própria evolução dos acontecimentos históricos. Da sociedade agrária do início do século passado aos grandes centros urbanos da atualidade, do rádio de pilha sem sinal aos supercomputadores, dos remédios caseiros à descoberta do genoma, da produção para subsistência à industrialização dos supérfluos, era preciso adaptar o rumo. São tempos de neoconstitucionalismo, de subsidiariedade, de contratos de massa, de flexibilização dos direitos trabalhistas, de contribuição dos inativos; tempos de críticas e de reconstruções, de pós-positivismo e de virada kantiana – tempos, enfim, de uma busca incessante por novos paradigmas (ou pela reafirmação dos já existentes, sob novas roupagens).¹

Nessa sociedade pluralista e globalizada, as discussões acadêmicas sobre o controle contramajoritário das políticas públicas apresentam-se cada vez mais recorrentes, máxime no que diz respeito à efetividade dos direitos prestacionais.² Se antes as normas da Constituição eram consideradas meras indicações ao legislador, somente exigíveis quando concretizadas pelo Parlamento, hoje, aqui e alhures, predomina o entendimento de que elas revelam proposições deontológicas, que pretendem, respeitadas as suas particularidades estruturais e semânticas, orientar não somente a formação de políticas públicas, como, em certo grau, as próprias relações intersubjetivas que ocorrem na sociedade civil.³

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹Se, durante algum tempo, ser positivista era algo próximo a ser retrógrado, hoje o próprio formalismo jurídico ressurgiu sobre refinada abordagem. Assertivas largamente repetidas, como a de que o positivismo não compactua com a moral ou com princípios jurídicos, são afastadas por uma comparação metodologicamente rígida entre os paradigmas à disposição do jurista. Para uma defesa eloquente do formalismo, por exemplo, veja-se STRUCHINER, Noel. *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a Dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico*. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. SARMENTO, Daniel (organizador), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 463 a 482.

²Não que os direitos ditos de primeira geração ou dimensão sejam infensos a despesas ou a discussões judiciais, mas há alguma uniformidade no sentido de que já conseguiram alcançar, ao revés do que acontece com os direitos sociais, maior reconhecimento jurisprudencial, até por gerarem, quase que sempre, um dever negativo.

³Bastante explorado tem sido o tema da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Cabe consultar, por todos: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008; e SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Deste último autor, confira-se, também, em escrito mais recente: *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris 2006, pp. 167 a 207.

Boa parte das vezes, a aplicação do texto constitucional envolve alguma atividade do Estado e, mais do que isso, um quadro real de despesa pública. Bastante comuns são as decisões judiciais que, sob o intuito de promoverem a consagração de direitos previstos na Carta Magna, impõem ao Estado o dispêndio pontual de recursos públicos, geralmente sob a perspectiva de gastos correntes. Curiosamente, contudo, apesar dos debates hodiernos freqüentes sobre judicialização de políticas públicas, raros são os trabalhos que se debruçam sobre as conseqüências jurídicas de toda essa evolução dogmática sobre a teoria orçamentária. Igualmente escassos, inclusive no âmbito da Magistratura, são os que investigam as repercussões econômicas desse conjunto de provimentos jurisdicionais aditivos,⁴ ou, de forma ainda mais específica, os impactos desses atos nas tênues relações fisco-contribuinte e fisco-receptor de políticas governamentais.

Não se trata de ponto singelo. Um modelo orçamentário compatível com a realidade política e jurídica nacional em muito poderia contribuir para amenizar as tensões existentes entre os três Poderes da República⁵ e, mais ainda, seria imprescindível para harmonizar definitivamente os preceitos do constitucionalismo com os ideais democráticos.⁶ No entanto, as questões orçamentárias não fazem parte do debate público no Brasil; o político-médio, quando deseja implantar algum projeto específico, ou ampliar as bases de algum programa já existente, parte do fim para alcançar o começo, ou seja, não se preocupa, imediatamente, em verificar a compatibilidade das suas pretensões com a disponibilidade de receita haurida dos contribuintes. Muito pelo contrário, a disponibilidade financeira, principalmente em épocas eleitorais, é colocada em segundo plano, sob justificativas ilusórias de benefícios econômicos vindouros ou, o que se

⁴Entende-se por 'sentença aditiva' aquela que implica em aumento de custos para o erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originariamente no orçamento do poder público demandado". SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. SARLETT, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais, orçamento e a "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 229.

⁵Em sentido semelhante: MENDONÇA, Eduardo. *Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (organizadores). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233.

⁶Costuma-se afirmar que o constitucionalismo apresenta-se em permanente tensão com a democracia. A afirmação procede, desde que entendida em bases restritas. Tal como estruturada, a teoria da soberania popular identificava a democracia com o princípio majoritário, tanto que ROUSSEAU chegou a pregar a necessidade de mecanismos possibilitarem ao corpo soberano impor-se sobre as opiniões divergentes (Do contrato social. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 34). Com o tempo, contudo, percebeu-se que essa identificação é imperfeita, pois o conceito de povo não é restringível ao de maioria, de modo que se viu por curial buscar instrumentos que atuassem no sentido inverso, ou seja, contendo a maioria, evitando, assim, que as conjunturas políticas pudessem resultar em desrespeito aos direitos da minoria. Nesse caminho, chegou-se, por exemplo, às cláusulas pétreas, que não permitem a livre disposição com o texto da Constituição, e à jurisdição constitucional, que dá ensejo a que o Judiciário funcione como uma instância contramajoritária. De qualquer forma, o que impede ressaltar é que a democracia, embora continue a representar, em essência, o governo do povo, passa a ser atrelada à noção de respeito aos direitos fundamentais, não havendo, assim, contradição diante do constitucionalismo, mas sobreposição parcial. Sobre o tema, a literatura é bem farta, mas seguem algumas recomendações: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. Especificamente sobre a democracia grega: CHAUF, Marilena. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 129 e ss.

revela ainda pior, sem qualquer tentativa de justificação por parte dos representantes eleitos pelo povo.⁷ E o descaso não é exclusividade dos representantes eleitos: os magistrados raramente abordam, na motivação de suas decisões, ainda que para exercer qualquer juízo crítico perante a sociedade, o impacto macroscópico de seus provimentos, quedando-se reclusos na microjustiça do caso concreto, o que em nada contribui para aperfeiçoar o sistema.

2 – Economia, orçamento e finanças públicas: sobre a relação receita-despesa no Estado contemporâneo.

Recentemente, o mundo ingressou em grave crise econômica. Com o aumento da inadimplência relacionada às dívidas hipotecárias de alto risco americanas, os títulos de crédito que nelas eram lastreados perderam substancialmente o seu valor, trazendo prejuízo imediato para inúmeras instituições bancárias, inclusive aquelas que acabaram adquirindo títulos dos credores originários, como forma de investimento. Uma conjunção de fatores, como a explosão da “bolha imobiliária”, associada à pequena transparência dos balanços das instituições privadas (o que não permitia a ciência exata das perdas) e à falta de uma regulação eficiente no mercado de capitais, principalmente no que tange às operações com derivativos, tudo isso acabou exponenciando o grau de insegurança, gerando pânico nos investidores e a busca por posições mais conservadoras. Caíram as bolsas, secou o crédito, diminuiu a atividade produtiva, decresceu a renda e o nível do Produto Interno Bruto.

Diante do quadro recessivo, foram adotadas, em várias partes do mundo, políticas anticíclicas. No âmbito monetário, pode-se dizer que, predominantemente, foram reduzidos os juros básicos da Economia, mediante operações de *open market*, sempre com o objetivo de estimular o investimento, de aumentar a renda disponível e, mediante efeito multiplicador, o consumo.⁸ Em termos de política fiscal, as medidas foram variadas, podendo ser extraídas, com máxima simplificação, três linhas distintas de atuação: i) desoneração tributária; ii) elevação dos gastos públicos, particularmente nas áreas de

⁴ Recentemente, o Presidente da República anunciou aumento nos benefícios pagos pelo Programa Bolsa Família, antes mesmo de o Poder Legislativo aprovar os créditos necessários para o cumprimento da promessa. A expectativa de impacto financeiro gravita sobre 1 bilhão de reais ao ano, o que exigirá, do Ministério do Planejamento, a adoção imediata de uma série de medidas compensatórias, muitas delas dependentes, igualmente, do Poder Legislativo. Na prática, a promessa pode vir a não ser cumprida, outros gastos terão de ser remanejados ou a voracidade do Fisco aumentará, onerando os contribuintes. A notícia foi publicada no Jornal O Globo de 31, de julho de 2009, sob o indicativo título “Uma Bolsa que não fecha”.

⁵ A lógica é a seguinte: o aumento do investimento acaba refletindo em uma elevação do nível produtivo e da renda. Como a tributação manteve-se fixa (ela depende do governo), a renda disponível elevou-se e, com ela, o consumo, na proporção direta da propensão marginal a consumir. Aumentando o consumo, exige-se mais produção e o ciclo recomeça. Tecnicamente, a elevação dos gastos do governo desloca, no curto prazo, a curva IS (*investment-saving*) para cima e para a direita, o que eleva a produção de equilíbrio na proporção exata do efeito multiplicador. Maiores explicações sobre o modelo IS-LM, desenvolvido por John Hicks e Alvin Hansen, podem ser encontradas em BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. 4 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, pp.82 e ss. Para um estudo mais aprofundado, é imprescindível a consulta a DORNBUSCH, Rudiger. FISCHER, Stanley. *Macroeconomia*. 5ª Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 1991, pp. 131 e ss. Apesar de muitos juristas afirmarem, de forma absolutamente simplista e, quase sempre, sem qualquer fundamentação, que o pensamento de John Maynard Keynes não mais influencia a teoria econômica moderna (normente antes do advento da crise econômica), o modelo em questão, presença certa em qualquer bom manual de macroeconomia, baseia-se, em grande parte, na chamada “cruz keynesiana”, malgrado não se resume a ela.

infra-estrutura; iii) aumento do nível de despesas com pessoal, aí incluída a seguridade. O governo brasileiro, apesar da propaganda que reveste o Programa de Aceleração do Crescimento, adotou a desoneração tributária em áreas específicas, como automotores, e a incrementação dos gastos correntes. O raciocínio do Planalto, neste último ponto, é aparentemente simples: aumento de remuneração dos servidores promoveria recrudescimento do consumo e o consumo, por si, seria estímulo à produção. Com o retorno do crédito, diante de medidas paralelas adotadas pelo Banco Central, as sociedades empresárias e os consumidores poderiam adquirir os bens de que precisam, promovendo-se um ciclo de prosperidade que tenderia a reaquecer a Economia.⁹

Não se pretende, aqui, analisar as medidas adotadas pelo Governo brasileiro. Relevante, para os fins buscados, é compreender que as políticas anticíclicas em pauta dependerão, sem qualquer desvio, do dispêndio de recursos públicos, seja sob a ótica de despesas, correntes ou de capital, seja sob a alcinha de gastos tributários (*tax expenditures*).¹⁰ Em todos os casos, os contribuintes, atuais ou futuros, serão chamados, presumivelmente de acordo com a sua capacidade contributiva, a suportarem o ônus financeiro. Antes disso, porém, o orçamento terá de ser revisto em ambas as pontas, isto é, tanto para atender à redução das receitas como para cortar gastos públicos, a não ser que se opte pelo financiamento via senhoriação (emissão de moeda) ou pela contração direta de empréstimos, assumindo-se, como recentemente nos Estados Unidos, o incremento no déficit.

Ainda que pareça simples a possibilidade de assunção de déficit público, dificuldades severas de legitimação podem daí decorrer. Déficit significa, em termos práticos, que se vai gastar mais do que arrecadar, ou seja, que os contribuintes atuais receberão, em tese, mais benefícios em relação ao que contribuem para o erário. Deixando-se de lado, para os presentes fins, a “equivalência ricardiana”,¹¹ fato é que, em algum momento, a conta deverá ser paga. Se hoje os contribuintes pagam menos, no futuro deverão arrecadar mais, diminuindo, assim, a sua qualidade de vida. Mais do que isso, se hoje o Estado gasta mais, ainda que para sair de uma crise econômica, no futuro deverá gastar menos, justamente no sentido inverso dos cidadãos, que deverão contribuir

⁹ A simplicidade é apenas aparente, porquanto o aumento da remuneração não é inteiramente repassado para a economia, dependendo, entre outros fatores, da propensão marginal a consumir, o que varia no tempo e no espaço. Assim, o recrudescimento de gastos correntes, principalmente com pessoal, não é a melhor forma de enfrentar crises, até porque se trata de despesa perene, dada a impossibilidade de redução do que recebem os servidores. Noutros termos, em momentos de desequilíbrio orçamentário, estas despesas não poderão ser futuramente cortadas, o que poderá afetar, inclusive, a consagração do projeto político de representantes futuros.

¹⁰ A legislação e a doutrina americanas, esta última com a obra exponencial de SURREY, insistiram, para o controle das finanças públicas, na necessidade de exame dos benefícios concedidos através de instrumentos da receita, que receberam o apelido de gastos tributários (*tax expenditures*). TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 310. Do mesmo autor, ainda sobre o tema: *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 19 e ss.

¹¹ A “equivalência ricardiana” foi recentemente resgatada nos escritos do economista norte-americano Robert Barro. Bntende-se que o déficit presente ocasiona poupança atual dos consumidores racionais, que se preparam para o momento futuro, quando terão de contribuir para sanar o déficit. Não há, portanto, grande diferença entre as várias possibilidades de financiamento de gastos pelo Poder Público, ou, noutros termos, “the method of public finance is an important question, but it is less important than the question of how big the government is and what activities it should carry out”. Sobre a hipótese *Barro-Ricardo*, cabe consultar DORNBUSCH, Rudiger. FISCHER, Stanley. *Macroeconomia*. 5ª Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 1991, p. 687. Já o pensamento de David Ricardo aparece razoavelmente bem abordado em HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 86 a 117.

com mais. Observe-se a gravidade do caso: os contribuintes terão menor renda disponível, pela elevação da carga tributária, e, ao mesmo momento, o Estado terá menor capacidade de investimentos, o que diminui a proteção dos mais necessitados, inclusive em termos de mínimo existencial. Há, portanto, inegavelmente, um conflito de interesses entre duas gerações, o que implica justificativa mais cuidadosa – o ponto está na pauta do dia em solo americano, tendo em vista a possibilidade de aumento significativo do déficit pelo Governo Obama.¹²

Mesmo em fases de crescimento, longe de crises, os contribuintes são comumente chamados a colaborar para a consagração dos projetos políticos vislumbrados pelos seus representantes eleitos. Não há, na verdade, problema algum nisso, porquanto todo e qualquer programa de ação deverá estar previsto em ato aprovado anualmente pelo Parlamento, ato este que, no Brasil, deve coadunar-se com dois outros¹³ que lhe servem de orientação, prestando-se a dificultar a descontinuidade administrativa e a garantir, pelo menos em tese, a racionalidade dos gastos. O orçamento, desde as suas origens mais remotas,¹⁴ sempre se relacionou com a participação popular, representando, em síntese, uma autorização diretamente haurida no povo para que o quadro receita / despesa do Governo seja legitimado democraticamente, uma vez respeitado o espaço aberto pela Constituição e pelas liberdades fundamentais.¹⁵

Em tese, exatamente pelo fato de o orçamento vincular-se, por etiologia, à deliberação majoritária, os Tribunais deveriam manter-se afastados desta seara. Durante vasto espaço de tempo, realmente ocorreu desta forma. Não obstante, com toda a evolução doutrinária e jurisprudencial já vista nas últimas décadas, lastreada na normatividade da Constituição, na teoria dos princípios e na moderna interpretação jurídica,¹⁶ o Poder Judiciário foi paulatinamente ampliando seu papel na concretização da Carta Magna, principalmente no que concerne à tutela dos direitos sociais. A “esfera de justiça”¹⁷ orçamento, que tinha por base a deliberação política, passa a conviver com outras formas de legitimação,

¹²Há preocupação severa sobre a possibilidade de o crescente déficit público não ser compensado pelo aumento da atividade econômica, o que poderia sacrificar a agenda do governo. Recentemente, a Revista *Times* publicou artigo sobre o tema: *Will deficits force Obama to sacrifice his agenda?* Disponível em <http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1887073,00.html>. Acesso a 10, de agosto de 2009.

¹³Refere-se, aqui, à lei de diretrizes orçamentárias e ao plano plurianual, exigências inafastáveis da Constituição Financeira (art. 165, §§1º e 2º).

¹⁴Não é este o espaço apropriado para descrever a evolução histórica do orçamento. Boa fonte de estudo, a respeito, é encontrada em BUJANDA, Sainz de. *Hacienda y derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 119 e ss. V. tb. BALBEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 412 e ss. Especificamente sobre a Magna Carta, que pode ser considerada uma das referências antigas da matéria, veja-se: COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação

¹⁵O tema, que não é, propriamente, o objeto central desta exposição, aparece didaticamente explorado em BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n.º 60, pp. 137 a 179. Ver, também: Souza Neto, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁶Pede-se vênia para tomar emprestada, ainda que de forma um pouco dilargada, a expressão cunhada por MICHAEL WALZER. Em sua obra mais conhecida sobre o tema, desenvolveu o autor importantíssima contribuição para o debate sobre a igualdade complexa, assim como sobre a correta abordagem dos núcleos relativamente autônomos de prestações materiais. WALZER, Michael. Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Percuciente análise do pensamento em pauta é encontrada em CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça distributiva. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 118 a 129.

contramajoritárias, o que, pelo menos a princípio, não chega a ser antidemocrático.

Pesquisas atuariais recentes demonstram, entretanto, que, na realidade brasileira, a participação do Poder Judiciário na formação do orçamento tem sido comparável à do próprio Poder Legislativo, o que talvez seja um excesso.¹⁸ A atuação judicial interferente no orçamento é e deve continuar sendo excepcional, porquanto as leis orçamentárias pactuam, diretamente, com uma série de elementos que não podem ser corretamente visualizados na análise do caso concreto, como a definição de prioridades, a análise das perspectivas macro e microeconômicas atuais e futuras e o estabelecimento dos caminhos pelos quais as pretensões dos representados serão atingidas. Tudo isso faz parte ou de um estudo técnico mais apurado ou de um canal diretamente vinculado à deliberação majoritária, nenhum deles passível de supressão pelos magistrados. Deve-se perceber que toda a imposição de gastos reflete-se, imediatamente, sobre as contas públicas, havendo duas possibilidades para recomposição: i) ou os contribuintes terão de verter mais recursos, o que pode esbarrar na capacidade contributiva; ii) ou os serviços governamentais terão sua qualidade piorada ainda mais, o que, em um país com as carências do Brasil, chega a ser dramático.¹⁹ Nenhuma decisão impositiva de gastos, principalmente correntes, sobressai impune ou neutral.

No entanto, a doutrina tem explorado, como elemento de justificação para a intervenção judicial, o conceito de reserva do possível fática, que abrange a “efetiva disponibilidade fática dos recursos para a legitimação dos direitos fundamentais”.²⁰ Impõe-se, com isso, um ônus probatório ao Poder Público, que deve demonstrar, de forma isenta de dúvidas, que não existem recursos disponíveis para o atendimento daquele direito que está sendo pleiteado em juízo, ou, de forma mais realista, da maximização daquele direito para todos os semelhantes. Paralelamente, tem-se buscado incrementar, diante da possibilidade de impasse institucional, o caráter normativo do

¹⁸Após minuciosa análise empírica, Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otávio Barroso da Graça concluíram que, “em média, o Legislativo dispõe acerca de 2,96% do orçamento federal, e esse mesmo orçamento, após aprovado e executado, sofre o impacto de pelo menos 1,82% em função de deliberações judiciais. Em outras palavras, o Judiciário, por meio de sentenças, interfere no orçamento em proporção que se aproxima das alterações introduzidas pelo Congresso quando de sua elaboração”. BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho. Barroso da Graça, Luis Otávio. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. SARLETT, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos fundamentais, orçamento e a “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 229.

¹⁹Sendo as despesas públicas constantes e as receitas programadas, qualquer redução de caixa trará um de dois efeitos: i) aumento da carga tributária, para que os serviços públicos possam ser mantidos, com violação da capacidade contributiva; ii) redução na qualidade dos serviços prestados à população, o que, em um país com tantas carências, torna-se realmente dramático. Diante disso, condenar o Estado por dívidas inexistentes é semelhante a permitir que os contribuintes não paguem tributos devidos, pois ambas as condutas geram redução de receita. Na percuciente visão de Ricardo Lodi Ribeiro, “sendo as exações tributárias fixadas com aprovação geral dos representantes do povo, de acordo com a manifestação de riqueza de cada contribuinte, as tentativas deste no sentido de fugir abusivamente à subsunção do fato revelador de riqueza à norma tributária [ou de condenar a Administração em flagrante choque com a lei] acarretam maior oneração dos cidadãos mais conscientes do dever de pagar [ou de cumprir com as suas obrigações], que, quase sempre – não por coincidência – são os mais necessitados. Estes cidadãos não só serão desprovidos das prestações públicas de que necessitam, como ainda deverão suportar em maior medida os custos do aparelho estatal.” RIBEIRO, Ricardo Lodi. Justiça, interpretação e elisão tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 139 e ss.

²⁰SARLETT, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchitiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. SARLETT, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos fundamentais, orçamento e a “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 30.

orçamento, impondo-o quase como que uma lei material, daí emergindo um interessantíssimo debate sobre os limites do orçamento autorizativo no Brasil. Os dois pontos merecem análise cuidadosa, o primeiro por resultar de uma leitura equivocada do problema, o segundo por não ter sido explorado com a seriedade necessária. É o que se passa a fazer, cabendo iniciar pela discussão sobre orçamento autorizativo.

3 – Orçamento vinculante. Entendimento correto do tema: limites e possibilidades.

Como bem se sabe, existe alguma controvérsia no que tange à natureza jurídica do orçamento. Ato administrativo, lei, conjugação entre lei e ato administrativo, ato-condição, enfim, vários são os posicionamentos possíveis sobre o tema.²¹ No Brasil, contudo, consolidou-se, razoavelmente, inclusive no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,²² o entendimento de que se trata de lei em sentido meramente formal, ou seja, de um ato aprovado pelo Parlamento que não cria, propriamente, direitos e obrigações, apenas estabelece pautas para a legitimação financeira da atividade pública.

Na verdade, a teoria do orçamento como lei em sentido formal acaba por reconhecer o destaque da Administração em termos de planejamento financeiro, principalmente diante de cenários econômicos que se apresentam em permanente transição.²³ O orçamento, malgrado estabelecido por lei, pelo menos do ponto de vista formal, já que passa por um processo legislativo previsto na Constituição da República, apresentase, fundamentalmente, como um plano de gestão,²⁴ devendo conceder a necessária flexibilidade para que os fins nele previamente traçados possam ser atingidos em consonância com o cenário externo encontrável. Busca-se retirar da lei orçamentária conotação substantiva que apresente vinculação imediata, quadro que poderia chocar-se com as eventuais externalidades ocorridas no momento da execução financeira de arrecadação ou de desembolso.

Ultimamente, contudo, a teoria em questão tem se enfraquecido até no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países, como nos Estados Unidos, até pela emergência de normas constitucionais de vinculação entre receitas e despesas, inclusive criando tributos com destinação específica.²⁵ Não é este o único ponto, entretanto. A concepção do orçamento como mero plano de gestão financeira tem encontrado críticas severas,²⁶ porquanto os projetos que são fixados no orçamento estão em direta consonância com

o interesse do povo, discutido e aprovado no âmbito de sua Câmara de Representantes. Nada mais natural, portanto, que o administrador esteja, ainda que parcialmente, vinculado aos seus fins, somente podendo delas desligar-se em situações extremas. Não sendo assim, a aprovação dos programas políticos será meramente formal, decrescendo a importância prática da lei orçamentária. O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, admitiu controlar a constitucionalidade de medida provisória que estabelece crédito extraordinário, vinculando-a às suas condições de imposição.²⁷

Analisando-se, especificamente, o ordenamento jurídico brasileiro, é possível atingir algumas conclusões curiosas. Quando uma dotação orçamentária é puramente ignorada, os recursos delas decorrentes ficarão, até que haja remanejamento legal, paralisados, ou seja, sem qualquer destinação. Não é possível, em vista do princípio da proibição do estorno,²⁸ pura e simplesmente transpor estes recursos para outro fim, pelo menos não por simples ato administrativo. Nesse ponto, o orçamento autorizativo poderia ser considerado contraproducente, pois “ao permitir como opção normal que as dotações não sejam executadas, abre-se a possibilidade de que o Executivo postergue indefinidamente o emprego de recursos até que surja uma oportunidade política para modificar seu emprego, diretamente com a colaboração do Congresso”.²⁹ Tais dotações, em suma, poderiam ser remanejadas para finalidades ocasionais ou mesmo para despesas correntes, desviando-se de suas finalidades originárias.

O raciocínio pode seguir, ainda, outro caminho: o Poder Público não tem por objetivo acumular patrimônio³⁰ e, sendo assim, a única liberdade concedida ao administrador pelo orçamento administrativo, que seria a liberdade de não gastar, colidiria com os próprios objetivos da organização estatal, ainda mais diante de uma realidade social repleta de desigualdades. Se, como já visto, a despesa pública é atualmente custeada mediante tributação, o acúmulo de dinheiro pelo Fisco, dinheiro este que não teria qualquer destinação própria, seria inconstitucional, pois os contribuintes estariam sendo onerados em patamar superior ao necessário, o que não se compatibilizaria com o postulado da proporcionalidade.³¹ O orçamento autorizativo, com efeito, seria

pretende deixar claro, agora, é a nova concepção da lei orçamentária, como vinculativa da ação do Estado.” OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 311 a 312. Curiosamente, o mesmo autor, páginas adiante, tempera seu posicionamento, quando assim coloca: “não se pode, objetivamente, sem considerar a realidade dos fatos, obrigar o administrador a cumprir cegamente a lei orçamentária, nem deixar a seu arbítrio o que pode ou não ser efetivado.” (Ob. cit. p. 318)

²⁷ADIn. 4048-DF, Relator Min. Gilmar Mendes.

²⁸Para análise dogmática do tema: PASCOAL, Valdecir. Direito Financeiro e controle externo. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 29.

²⁹MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (organizadores). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 236.

³⁰Apesar dessa referência comum, deve-se ter cautela com a afirmação, haja vista que o acúmulo de reservas financeiras apresenta-se fundamental para que um país possa enfrentar, com a segurança necessária, períodos de crise, que exige, normalmente, aumento dos gastos públicos como etapa de uma política anticíclica. Para que se tenha uma idéia, entre 2003 e 2007, o volume das reservas internacionais teve aumento acentuado e, no final de 2007, passou de 90% da dívida do país. Segundo o Planalto, nem mesmo a crise foi capaz de gerar impacto severo no acúmulo de divisas pelo país, o que, se for realmente confirmado, será um dado muito positivo. Sobre a evolução das reservas, leia-se reportagem especial disponibilizada no endereço eletrônico <http://www.estadao.com.br/especiais/as-reservas-brasileiras-e-a-divida-externa,12926.htm>.

³¹Posição próxima a esta é encontrada em MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (organizadores). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 243 a 249.

²¹Breve resumo da matéria é encontrado em BALEIRO, Aliomar. Uma introdução à Ciência das Finanças. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 439 a 443. V. Tb. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 309 a 311.

²²No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 34.581-DF, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o simples fato de ser incluída verba de auxílio a alguma instituição privada não gera direito subjetivo que possa ser pleiteado judicialmente, salvo se tal benefício aparecer previsto, também, em algum outro repositório normativo.

²³TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Vol. V. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.

²⁴“La détermination des charges publiques dans leur montant et dans leur répartition ne peut pas être effectuée d'une manière arbitraire. La distribution des derniers et leur répartition doivent être opérées en tenant compte des projets économiques à long terme que se propose le pays et dont la réalisation est en grande partie liée aux dépenses publiques”. GAUDEMET, Paul Marie. Précis de Finances Publiques. Tomo I, Paris: Ed. Montchrestien, 1970, p. 201.

²⁵TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Vol. V. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

²⁶Sobremodo ilustrativa é a ‘constatação’ de Régis Fernandes de Oliveira: “Deixando de lado a controvérsia sobre a natureza jurídica do orçamento, importa notar que vem ele se firmando e evoluindo para uma nova concepção. Já não é somente mera peça financeira de previsão de receitas e despesas, nem está simplesmente subordinado à concepção política dominante. (...) O que se

antidemocrático, por permitir que o administrador cerceie unilateralmente as intenções manifestadas pelos representantes eleitos, e violaria as tênues relações contribuinte-Fisco, já que seria imposta, sem qualquer contrapartida, elevada carga tributária aos cidadãos, para mera acumulação de recursos.

Variadas são as soluções possíveis. Um primeiro entendimento seria abandonar, integralmente, a teoria da lei formal, passando a adotar a plena normatividade da lei orçamentária. Uma vez descritas as previsões de receita e de despesa, seriam elas de observância obrigatória pelo administrador público, independentemente das alterações conjunturais que atinjam a Economia do país, a não ser que outro ato, de mesma hierarquia, lhe contraponha. A lei teria eficácia inovadora e deontológica, com todas as características das demais leis e imperatividade capaz de vincular a Administração. Na Espanha, o art. 134, 7, da Constituição permite à lei orçamentária modificar, inclusive, tributos,³² o que levou alguns autores, como Sainz de Bujanda³³, a reiterarem seu posicionamento entre os adeptos da sua normatividade plena.³⁴

Tal solução, apesar de tentadora, apresenta alguns pontos negativos que impedem a sua adoção. Não se pode vincular a Administração Pública a seguir fielmente o orçamento anual, pois, como já analisado antes, o cenário econômico pode exigir a priorização de determinados pontos que não foram antevistos no momento da elaboração do orçamento.³⁵ Um choque na demanda agregada pode exigir medidas específicas para reativar o consumo, assim como a elevação da taxa de câmbio, imprevista pela equipe econômica, exigirá, igualmente, medidas imediatas para situar a moeda na zona de metas. Em todos esses casos, a total imperatividade da lei orçamentária poderia ocasionar efeitos devastadores, porquanto engessaria a política econômica, marcadamente no âmbito fiscal, impondo metas e programas inexecutáveis, pelo menos sob as perspectivas de então.³⁶

Poder-se-ia dizer que o problema revela-se de fácil solução, bastando a aprovação de outra lei que adapte os programas governamentais. Não resolve. Como bem se sabe, a tramitação dos projetos legislativos revela-se bastante lenta, sendo certo que a sua aprovação depende de alianças políticas, o que, no caso em tela, poderá ser dificultado

³²"La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea." Como se pode perceber, ainda aqui a abertura ocorre nos limites permitidos pelo que a Constituição denomina "lei tributária substantiva" e, além disso, o orçamento não pode instituir tributos novos, apenas modificá-los. Na prática, a previsão espanhola pouco se dissocia da noção de orçamento autorizativo.

³³Já em 1955, o autor assim se manifestava: "El presupuesto será una institución jurídica cuando su contenido no pueda ser arbitrariamente fijado por la Administración, es decir, cuando exista un núcleo de normas fundamentales que determinen el cómo, el cuándo y el por qué de los gastos y ingresos públicos." BUJANDA, Sainz de. *Hacienda y derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, pp. 448 e 449.

³⁴TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. Vol. V. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 98.

³⁵Como visto, vários entre os próprios autores que se autodenominam adeptos da natureza material do orçamento reconhecem a impossibilidade de a Administração Pública ser obrigada a cumprir integralmente o que dispõe a lei orçamentária, principalmente em termos de gastos. Releia-se, por oportuno, o trecho transcrito na nota n.º 26, onde Régis FERNANDES DE OLIVEIRA, que se coloca como pretense defensor da normatividade plena da lei orçamentária, manifesta concessão no sentido oposto.

³⁶"La distribution des derniers publics n'est pas liée seulement au cadre économique déterminé par le Plan, elle est fonction aussi des ressources financières". A constatação de GAUDEMET continua válida nos dias de hoje, não podendo o orçamento superar a realidade que se vai colocar diante do administrador, pelo menos não sem impor custos sociais daí decorrentes. GAUDEMET, Paul Marie. *Précis de Finances Publiques*. Tomo I, Paris: Ed. Montchrestien, 1970, p. 227.

pela gravidade das medidas, pela existência de interesses populistas e pela profusão de correntes ideológicas no Congresso Nacional.³⁷ A votação de planos governamentais em tempos de crise poderá dar ensejo a disputas políticas sérias e, nesse meio termo, as próprias medidas previstas no projeto que está sendo votado estarão defasadas e em nada contribuição para a melhora da economia real. Relembre-se, por precaução, que medidas provisórias tampouco resolvem, dada a limitação do emprego destes atos normativos em matéria financeira (art. 62, § 1º, I, d, da Constituição) – tudo, enfim, terá de esperar a consagração do demorado processo legislativo. Superada a plena normatividade da lei orçamentária, cabe investigar a possibilidade de o intérprete atribuir a este ato diferentes graus de vinculação. Trata-se de uma exegese intermediária entre a plena normatividade e o orçamento autorizativo. Uma primeira saída seria tomar por referência a estrutura impositiva fixada pelo próprio legislador. Se restarem estipuladas determinações específicas, o administrador deveria cumprí-las, independentemente das condições externas. Dotações específicas imporiam, portanto, condutas específicas, ao passo que as determinações discricionárias abririam espaço para avaliação dos critérios de conveniência e de oportunidade pelo administrador. Assim, não se deveria "admitir que os gastos fiquem muito aquém da previsão inicial, a menos que se trate de uma providência específica e o administrador demonstre que foi possível realizá-la com grande economia".³⁸

O ponto deve ser analisado com bastante cautela. A adoção dos graus de vinculação está a reconhecer, no fundo, que a lei orçamentária deve ser considerada como lei material, só que o seu conteúdo discricionário é entendido como o espaço necessário para que o administrador possa, eventualmente, escolher outras formas de satisfação do interesse público, ainda que sob a perspectiva de não gastar. A responsabilidade, de fato, é aqui atribuída, desde o início, para a equipe técnica que auxilia o Executivo na consolidação do orçamento, pois neste ponto originário deveriam ser verificadas quais as prioridades a serem atendidas compulsoriamente e quais aquelas que apresentariam, por assim dizer, *cariz prima facie*, sendo possível o seu afastamento por escolhas administrativas pautadas em critérios internos de razoabilidade.³⁹

Em suma, estabelecido o espaço de discricionariedade, e mantida tal discricionariedade na aplicação da norma orçamentária ao caso concreto,⁴⁰ o

³⁷O sistema proporcional, adotado no país no que tange à eleição para a Câmara dos Deputados, favorece a profusão de partidos políticos com algum membro eleito, o que, se tem o condão de pluralizar o debate, estimula, por outro lado, a formação de alianças fisiológicas e dificulta a condução política do país. Sobre prós e contras deste processo eleitoral, BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.250 a 252.

³⁸MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (organizadores). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 257.

³⁹Utiliza-se, aqui, a acepção de razoabilidade equitativa, no sentido de que o administrador poderá flexibilizar a rigidez do enunciado orçamentário diante do caso concreto, observadas as particularidades que desaconselhem a aplicação, pura e simples, da consequência financeira prevista. Sobre esse conceito de razoabilidade, veja-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152 a 155. Cabe lembrar que a equidade foi desenvolvida no pensamento de ARISTÓTELES, que a comparava à régua de Lesbos, elaborada com metal flexível para adaptar-se às imperfeições dos blocos de concreto, os quais servia para medir. ARISTÓTELES. *Ética* a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁴⁰Para a concretização da discricionariedade, não basta o espaço aberto pelo legislador, exigindo-se, outrossim, que a pluralidade de medidas possíveis seja mantida diante da situação fática que se coloca diante do intérprete. O ponto já foi bem explorado por administrativistas clássicos, como Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003,

administrador poderia efetuar escolhas pontuais para não gastar; descartada, no entanto, a discricionariedade na aplicação normativa, ou inexistente desde a previsão orçamentária, a hipótese de incidência arrolada no orçamento deveria ser observada no caso concreto, sem possibilidade de avaliação da conveniência da medida. Corolário disto seria a ampliação da atuação do Judiciário no controle da execução orçamentária, inclusive em demandas individuais. O magistrado deveria, diante do caso concreto, pontuar se o pedido contido na petição inicial estaria relacionado com alguma previsão vinculada do orçamento e, posteriormente, se a medida prevista foi inteiramente executada pelo administrador. Por exemplo, se o orçamento previa gasto de X reais na compra de remédios e o governo gastou X-Y, o Judiciário poderia, na análise do caso concreto, determinar a compra do remédio para o demandante, desde que observada a diferença entre o que foi gasto e o que deixou de sê-lo.⁴¹

Apesar de pactuar, ao menos pretensamente, com a correta execução orçamentária, atribuindo-lhe maior importância, a teoria da vinculação parcial apresenta alguns pontos dignos de crítica. Em primeiro lugar, a distinção entre atos vinculados e atos discricionários é meramente relativa, porquanto, em sua etiologia, todas as normas apresentam esferas de vinculação e, outrossim, esferas de discricionariedade, estas últimas observáveis, principalmente, diante da natureza aberta da linguagem.⁴² Ainda que pareça interessante, de início, trazer a noção de discricionariedade para o âmbito orçamentário, os benefícios que tal teoria poderia trazer seriam sobretudo restritos, pela própria dificuldade na identificação do conteúdo de discricionariedade insito ao orçamento. Na prática, isso daria azo à manutenção da disparidade entre as decisões judiciais, pois cada magistrado interpretaria de forma particular o espaço de discricionariedade, decidindo, a partir de então, sobre a procedência dos pedidos prestacionais. O quadro é agravado, neste particular, pelo fato de a teoria da vinculação parcial desvincular-se, completamente, do conceito de mínimo existencial, dado que a eficácia jurídica simétrica ou positiva⁴³ é conferida independentemente da

p. 848: “não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a contemple, porque é imprescindível analisar o caso concreto, pois a descrição no nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão”.

⁴¹Alguns doutrinadores, de forma absolutamente correta, têm defendido a priorização das demandas coletivas para que o Judiciário possa intervir em garantia às prestações sociais. Com isso, prestigia-se a racionalidade da distribuição dos recursos e das decisões judiciais. Para consulta, busque-se em BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 599 a 637.

⁴²Em seus estudos, Roman Jakobson propôs um modelo para a transmissão da comunicação, de que são partícipes *emissor* e *receptor*, ligados entre si por intermédio de um *canal* de comunicação, por meio do qual se passa a *mensagem*, construída com supedâneo em um *código* e a fim de que sejam transmitidas informações que envolvem a experiência do emissor (*referente*). Toda norma jurídica pode ser entendida no bojo de um processo comunicativo, onde se tem uma relação subjetiva entre emissor da norma e seu receptor, sendo a norma, em si mesma, a mensagem, e a fonte formal do direito o canal. Isso lhe confere algum grau de abertura e de subjetividade, transposta na interpretação do signficante. Veja-se, para mais, RODRIGUES, Ada Natá. Saussure, Jakobson, Hjelmslev, Chomsky – Vida e Obra. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. XIV.

⁴³Eficácia simétrica ou positiva é aquela observada quando se pode exigir, diante de determinada norma, exatamente a sua consequência jurídica. O conceito é esboçado por: BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 61-62.

fundamentalidade⁴⁴ do direito postulado, observando-se, única e especificamente, os preceitos da lei orçamentária, a fim de que seja observado o grau de vinculação das suas determinações.

A saída positivista da teoria dos graus apresenta, ainda, outro inconveniente. Ainda que se minimize a imperatividade total aos preceitos vinculados do orçamento, podem ocorrer mudanças conjunturais tamanhas que impeçam, na prática, a observância daquelas determinações anteriormente identificadas como cogentes e vinculadas. Caso se duvide, basta retornar ao exemplo desta última crise econômica, que surpreendeu especialistas de todo o mundo em sua intensidade, equiparável, para alguns, ao do *crash* de 1929. Antes que se rebata com o suposto argumento de que a crise já acabou, o que daria ensejo à retomada dos gastos, recorde-se que foram vertidos recursos públicos extremamente significativos para tentar minimizar o impacto recessivo, o que, a toda evidência, promoverá dificuldades futuras em termos de déficit orçamentário, trazendo toda aquela discussão, já comentada, sobre legitimação de déficit.⁴⁵

Imagine-se a situação hipotética de um governante de viés populista que resolva satisfazer as pretensões dos sindicatos de servidores e estabeleça, no projeto orçamentário, de forma cogente, a reserva de dotações específicas e determinadas para a contratação de pessoal. Entretanto, ao contrário das expectativas do administrador, no interregno entre a aprovação do orçamento e a implantação do concurso público, observa-se uma queda acentuada de receita, o que impõe a revisão dos gastos públicos, principalmente correntes. Utilizando-se a teoria dos graus de vinculação, o dinheiro previamente vinculado à realização do concurso deveria assim ser utilizado, ainda que isso fosse inconveniente diante do atual cenário econômico. O administrador não teria a faculdade imediata de não gastar, sendo obrigado a empreender todos os esforços para que o concurso seja finalmente realizado, a não ser que outro ato legal contraponha as pretensões originárias do orçamento. Os candidatos, inclusive, poderiam exigir o gasto dos recursos destinados, ou, pelo menos, que eles não fossem “poupados” pelo Governo.

A situação em pauta, evidentemente, não se sustenta, já que abre o orçamento para a atuação contramajoritária de forma muito abrangente. Como não se relaciona a qualquer parâmetro qualitativo ou axiológico, em tese quaisquer prestações positivas poderiam ser exigidas, desde que existisse uma previsão orçamentária interpretada, pelo magistrado, como vinculante, e desde que a programação de desembolso não tenha sido efetuada de forma a atingir a integralidade da dotação reservada. Apesar dos seus pontos fracos, os teóricos da reserva do possível fática têm adotado, ainda que não explicitamente, essa abordagem sobre orçamento, dado que atribuem ao Poder Público o ônus de demonstrar que não existem recursos financeiros disponíveis para a satisfação da pretensão apresentada em juízo, emburilhando, com isso, a base de legitimação orçamentária e a própria noção adequada de reserva do possível.

⁴⁴A expressão “direitos fundamentais” é polissêmica, sendo comum sua interpretação abrangendo a totalidade dos direitos previstos na Constituição. Aqui não se trata disto, mas de uma discussão qualitativa sobre direitos constitucionais, ou seja, sobre a importância destes direitos para que haja respeito à dignidade humana. Sobre o tema, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e restrição de direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 75 e ss.

⁴⁵Índicio significativo de que a situação as contas públicas, em todo mundo, está abalada foi a recentíssima redução dos investimentos das reservas brasileiras em títulos da dívida norte-americana. Embora a justificativa oficial tenha sido a necessidade de diversificação de inversões, fato é que o Banco Central está ciente sobre o tamanho que o déficit dos EUA pode atingir em médio prazo, na hipótese de fracasso, ainda que parcial, do plano econômico lançado pelo Governo Obama, o que pode gerar, em hipótese extrema (e remota), dificuldade de pagamento do débito e perda de valor dos títulos.

Na verdade, a teoria da lei formal é a que melhor se adapta perante o ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa, porém, que ela aqui tenha encontrado sua maturidade. Não o fez. De fato, o reconhecimento da plena ou da parcial vinculação do administrador ao que resta previamente estabelecido na normativa orçamentária encontra severas dificuldades teóricas e práticas. Impossível, diante de um cenário econômico em permanente transição, exigir do administrador que aplique cegamente os dispositivos orçamentários. Inviável, outrossim, transplantar o orçamento, em sua inteireza, para o plano da atuação contramajoritária, de forma que sejam superadas as decisões técnicas ou políticas da Administração Pública, fazendo-se da microjustiça do caso concreto um plano de sangria do crário, comprometendo-se, assim, os contribuintes futuros, que terão de arcar com a conta. Apesar de tudo, colocar-se contra as teorias vinculativas não significa, por absoluto, entender que o modelo orçamentário instituído e levado praticamente a cabo no Brasil seja capaz de superar todas as tensões institucionais. Não o é.

Malgrado não esteja vinculado à aplicação cega da lei orçamentária, principalmente no tocante às despesas públicas, o administrador não deixa de estar obrigado, como todo e qualquer representante, a apresentar à sociedade, de forma transparente, os motivos⁴⁶ pelos quais não o fez. Quando o interesse público é gerido de forma impessoal e em benefício de todos os cidadãos, tal como se presume lícito em um Estado Democrático de Direito, o administrador possui o importantíssimo dever de prestar contas de sua gestão,⁴⁷ tanto do ponto de vista técnico como no que diz respeito às escolhas discricionárias realizadas no exercício das suas atribuições. A Constituição da República de 1988, como não poderia deixar de ser, foi pródiga a respeito, superando o conceito singelo de publicidade para alcançar a integral transparência da atividade estatal, inclusive no que tange à matéria orçamentária, aqui analisada.

Quanto ao ponto, é curial ressaltar que a publicidade não haure sua base constitucional precípua no *caput* do art. 37 da Carta Magna. Em verdade, a base da transparência na gestão pública encontra-se, primeiramente, no Estado Democrático de Direito e, ademais, no próprio princípio republicano, raízes das quais a previsão do art. 37 é apenas uma das suas inúmeras formas de concretização. Transparência não se resume a publicar os atos administrativos cujo suporte de atuação envolva particulares, mas incluir e participar os particulares de todos os momentos que revestem a expedição de tais atos, de modo que seja ampliado o debate público, ainda que em esferas não oficiais, sobre essas deliberações.⁴⁸ Justamente neste ponto é que se insere a questão

⁴⁶O princípio da motivação dos atos administrativos adquiriu, nos últimos anos, espaço central na dogmática administrativista. Embora ainda haja quem negue, como José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 101 a 104), a existência de um dever genérico do gestor à apresentação dos elementos de cada decisão, fato é que, ressalvado um punhado de situações absolutamente excepcionais (caso clássico é o do ato que promove nomeação para que alguém ocupe cargo em comissão), as razões de escolha devem ser levadas, sempre que possível, ao conhecimento dos representados, até para que se possa formar, sobre a atividade pública, um juízo crítico.

⁴⁷Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica, já desenhava o dever do administrador para prestar contas de sua atividade, nos seguintes termos: “o dever de prestar contas é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e de interesses alheios. Se administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário”. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 106 a 107.

⁴⁸Maren Guimarães Taborda resume bem o conceito em pauta: “a transparência é a abertura da administração ao administrado e contém, pelo menos, três aspectos: o primeiro, que diz respeito à publicação das decisões administrativas, responde mais às necessidades de ação do que à idéia de transparência e, nesta acepção, é uma ‘norma-regra’; o segundo, que é o momento em que a

orçamentária⁴⁹ e, mais do que isso, a obrigatoriedade de justificação pública imediata sobre todos os atos de condução do orçamento e, em particular, sobre a inexecução de algum dos preceitos previamente aprovados pelo Parlamento.

A matéria certamente já encontra mecanismos para sua observância na legislação infraconstitucional. Há alguns anos, a Lei de Responsabilidade Fiscal instituiu uma série de instrumentos de transparência da gestão fiscal, como o Relatório Resumido de Gestão Orçamentária, o Relatório de Gestão Fiscal e a própria divulgação prévia da programação financeira e do cronograma mensal de desembolso. Recentemente, incrementou-se a participação popular ainda mais, por intermédio da Lei Complementar n.º 131, de 27 de maio de 2009, que alterou o art. 48 da referida normativa para incentivar a realização de audiências públicas durante todas as fases de implantação do orçamento,⁵⁰ para liberar, a toda a sociedade, em tempo real, as informações pormenorizadas sobre a execução financeira, inclusive em meios eletrônicos, e para adotar um sistema integrado de administração financeira e controle, atendendo-se a um padrão mínimo de qualidade.

Se os instrumentos existem, a cultura orçamentária brasileira dificulta sua correta implantação. Não são discutidas, nas variadas dimensões do espaço público, quais as prioridades que devem ser escolhidas para integrar o orçamento, de forma que as justificativas do administrador para não as observar acabam não obtendo qualquer relevância prática. A tramitação do orçamento só é noticiada diante de escândalos de corrupção ou da dificuldade comumente encontrada pelo Executivo na costura de alianças políticas para aprová-lo.⁵¹ É bem verdade que o quadro tem sido alterado, ainda que lentamente, inclusive diante de iniciativas louváveis, como visto na própria Lei Complementar 131, de 27 de maio de 2009, que almejou popularizar a gestão orçamentária. De qualquer forma, o estado atual de coisas está longe de ser o ideal, o que dificulta sobremaneira a implantação correta do orçamento autorizativo. Isso, contudo, não significa que o orçamento autorizativo deva ser abandonado, muito pelo contrário, deve ele ser corretamente aplicado.

4 – Orçamento e atuação judicial. Sobre a chamada “reserva do possível fática”.

Como vem de ser dito, as teorias da vinculação, total e parcial, exponenciam a atuação do Poder Judiciário no controle da execução orçamentária, ao argumento positivista e simplista de que o orçamento é lei e, como lei, deve ser implantado

Administração faz conhecer os motivos de sua ação, explica-se e diz por que decidiu, já é o domínio da transparência (‘norma-princípio’); o último, e o mais importante, é o diálogo que a Administração estabelece com o cidadão, que se expressa em uma verdadeira participação do particular nas decisões administrativas. TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da transparência e o aprofundamento dos caracteres fundamentais do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo n.º 230. p. 258.

⁴⁹Sobre inclusão participativa e consenso no âmbito financeiro, consulte-se MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações de Direito Administrativo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 341 e ss.

⁵⁰Já foram levadas a cabo, inclusive no Brasil, algumas experiências pioneiras em termos de orçamento participativo, como ocorreu em Porto Alegre. Deixe-se claro, contudo, que, malgrado a participação popular seja realmente positiva, é impossível que o cidadão participe integralmente da formulação do orçamento, pois há uma série de questões técnicas que devem ser analisadas, como a estimativa de receita, de despesa, de resultado primário, a política fiscal e monetária, entre outros elementos. De qualquer forma, todos os dados sobre a execução orçamentária devem estar disponíveis para conhecimento público, inclusive por mídia eletrônica.

⁵¹A corrupção, em matéria orçamentária, normalmente aparece vinculada ao processo de formulação de emendas ao projeto originário, como aconteceu no famoso caso dos “anões do orçamento”.

obrigatoriamente, sob pena de intervenção judicial. Tal não é, entretanto, a melhor forma de lidar com o tema, primeiro porque traz para o âmbito orçamentário, dominado pela política majoritária de escolha de prioridades, o decisionismo judicial, e depois porque, ao se desapegar, quase que por completo, de qualquer dimensão axiológica, acaba por pluralizar, em excesso, o âmbito das prestações sociais passíveis de reivindicação, em prejuízo da isonomia, da capacidade contributiva e, em alguns casos específicos, da própria condução econômica do país, máxime quando da criação de despesas correntes duradouras e vultosas.

Em tempos recentes, contudo, as teorias da vinculação têm sido especialmente desenvolvidas no bojo das discussões acadêmicas sobre a sindicabilidade das prestações sociais, ao lado da chamada reserva do possível. Originariamente difundida na Alemanha, a partir da decisão proferida no célebre caso do *Numerus Clausus*,⁵² a noção de reserva do possível relaciona-se com aquilo que o cidadão pode exigir, razoavelmente, da sociedade da qual faz parte, ou seja, aparece ligada à relevantíssima questão sobre os limites da interferência judicial na atividade majoritária. A teoria gravita, portanto, sobre legitimidade, equivalendo, no dizer de Ricardo Lobo Torres, à “reserva democrática”, que deve ser entendida no sentido de que “as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária do legislador”.⁵³ Como já analisado, as prioridades devem ser estabelecidas, em tese, pelos representantes eleitos, não cabendo a interferência do Poder Judiciário para vincular o administrador a caminhos específicos ou mesmo à execução cega da lei orçamentária.⁵⁴

O debate vem sendo desviado, contudo, para longe da linha apontada, já que o conceito de reserva do possível foi fragmentado para abranger a perquirição, pelo magistrado, da existência de recursos públicos suficientes para a satisfação da pretensão apresentada pelos particulares. Assim é que, para Ingo Wolfgang Sarlet, “levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.⁵⁵ Noutros termos, o magistrado passa a ter o dever de avaliar a correta gestão dos recursos públicos arrecadados e, caso conclua, ao final do processo,

ou pela administração incorreta ou pela existência de recursos suficientes, há de impor a prestação positiva compulsoriamente.

É bastante comum, nesse contexto, que se pontue uma distinção entre duas modalidades de reserva do possível, a fática e a jurídica.⁵⁶ Malgrado não haja uniformidade entre os diversos autores, pode-se dizer, sem maior prejuízo, que reserva do possível jurídica “identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado”,⁵⁷ do que é exemplo a existência de uma dotação orçamentária legalmente estabelecida. Já a reserva do possível fática corresponde, em resumo, à existência de recursos públicos idôneos à satisfação das pretensões apresentadas em juízo,⁵⁸ ou, ainda, à existência de recursos tais que permitiriam ao Poder Público providenciar, para todos os particulares que se encontrem na mesma situação daquele que apresentou a demanda, o mesmo tratamento pleiteado no processo judicial. Esta última visão corresponde, é bem verdade, a um segundo passo da teoria da reserva do possível fática, mais comprometida com o princípio da isonomia material e com a racionalidade dos gastos públicos.⁵⁹

Existe evidente relação entre as teorias que prestigiam a reserva do possível fática e aquelas que pretendem vincular o administrador, no todo ou em parte, à execução do orçamento público. Se existe, por exemplo, recurso ‘disponível’ em caixa, sob previsão originária de compra de remédios especiais, os dois entendimentos seriam superpostos para concluir que o Poder Judiciário deveria impor a obrigação ao administrador, seja pela existência de previsão orçamentária ‘cogente’, seja pela existência de recursos disponíveis em caixa. Em ambos os casos, o argumento é meramente formal, percorrendo ora a natureza imperativa máxima da norma orçamentária, ora à má administração dos recursos públicos pelo representante eleito. Na verdade, a reserva do possível fática finda por exigir a execução orçamentária por sua inteireza, não deixando espaço ao administrador, pois, se existir dinheiro disponível nos cofres públicos, o magistrado poderia destiná-los diretamente mediante provimentos jurisdicionais, satisfazendo, com isso, os interesses postulados em juízo.

Apesar da sua forte carga persuasiva, a concepção tradicional de reserva do possível fática parte de uma premissa econômica equivocada. Isso porque, ao contrário do que convencionalmente se argumenta, será sempre possível ao administrador financiar as despesas públicas geradas pelo Poder Judiciário. Noutros termos, o dilema colocado

⁵²BVerfGE 33, 303 (1972). Na hipótese, discutia-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a inclusão, em estabelecimento de ensino superior, de candidato que não havia sido aprovado dentro do número de vagas previsto no certame. O Tribunal Constitucional, sob o argumento da “reserva do possível”, indeferiu o pedido do particular, dado que não lhe caberia, naquela situação, intervir diretamente para criar novas vagas, matéria evidentemente compreendida no âmbito das diretrizes de política educacional.

⁵³TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105.

⁵⁴A execução orçamentária, como já anotava GRIZIOTTI, apresenta-se sobre uma base dificultosa de compatibilização do que é arrecadado com as necessidades sociais e com a própria atividade econômica do país. Em suas palavras: “El análisis de la actividad financiera há evidenciado que el Estado trata de repartir el uso de la riqueza entre gastos públicos y gastos privados, de manera que cumpla mejor sus finalidades generales, de modo que también el Estado, para armonizar la esfera de los gastos privados, debe conciliar siempre los criterios políticos de conducta financiera con los que podrían ser los cálculos de pura conveniencia económica. El elemento político es primario, pero está ligado al elemento económico en la actividad financiera”. GRIZIOTTI, Benvenuto. Principios de Ciencia de las Finanzas. Trad. Dino Jarach. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 115.

⁵⁵SARLETT, Ingo Wolfgang. FIGUIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. SARLETT, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos fundamentais, orçamento e a “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 32.

⁵⁶José Reinaldo de Lima Lopes chega a advogar pela existência de uma suposta “reserva do possível de caráter econômico”, que não se confundiria com a “impossibilidade empírica *tout court*”, correspondendo à “impossibilidade técnica ou à escassez”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da ‘reserva do possível’. SARLETT, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos fundamentais, orçamento e a “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 181. Como a inovação é meramente parcial, sofrendo as mesmas críticas incidentes sobre a “reserva do possível fática”, o tema não será aqui tratado de forma separada.

⁵⁷SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (organizadores). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 573.

⁵⁸SARLETT, Ingo Wolfgang. FIGUIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. SARLETT, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (organizadores). Direitos fundamentais, orçamento e a “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 30.

⁵⁹Defende esta teoria, por exemplo, DANIEL SARMENTO. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (organizadores). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 572: “entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”.

sobre a disponibilidade dos recursos necessários à satisfação das pretensões judiciais é um falso problema, porquanto a equipe econômica, por mais de uma forma, poderá conseguir a pecúnia necessária para tanto. Uma saída possível, mas não a única, será, por exemplo, a elevação da carga tributária, de modo que os atuais contribuintes vertam mais para a formação do erário.⁶⁰ Outra saída seria, pura e simplesmente, contrair empréstimos para aumentar as entradas disponíveis, onerando, com isso, não os contribuintes atuais, mas os futuros, trazendo todos os problemas de legitimação daí decorrentes. Terceira possibilidade imaginável seria alterar a política monetária, emitindo moeda, financiando, a partir daí, as despesas novas, quadro que funcionaria como um “imposto inflacionário”, onerando tanto os contribuintes atuais como os futuros, agora sob a perspectiva dos custos de uma inflação iminente.⁶¹

Perceba-se, com efeito, que o vórtice da teoria da reserva do possível fática revela-se constantemente mal colocado, não residindo na ausência de recursos efetivos, mas nos custos sociais que poderiam advir da busca por tais recursos. Trata-se de uma ponderação (em acepção lata) entre os efeitos daquela política de financiamento e os benefícios que poderiam resultar da sua implantação. Assim, o aumento da base monetária para dar suporte à elevação de gastos correntes ocasionará, quase que certamente, um processo inflacionário que, dependendo da hipótese, trará muito mais danos do que benefícios. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao déficit e à elevação da carga tributária, que proporcionarão, cada um deles, problemas internos específicos, a serem cotejados com os benefícios que daí adviriam e, principalmente, com a verificação do espaço cabível para a imposição desse ônus social. Entretanto, o ponto não é discutido no Brasil, dado que aparece mascarado, na microjustiça do caso concreto, sob uma discussão infrutífera quanto à eventual existência de recursos disponíveis, o que nunca deveria ter sido colocado.

Toda e qualquer prestação pode, segundo o entendimento que vem sendo consolidado sobre reserva do possível fática ou orçamentária, ser imposta ao Poder Público, desde que existam entradas disponíveis. Desde medicamentos especiais e caríssimos até custeio de vagas em instituições de ensino superior, tudo poderia ser exigido judicialmente. As políticas públicas, com efeito, passam a ser repartidas, desproporcionalmente, entre o Judiciário e os demais Poderes e é este o elemento primordial a ser analisado pela doutrina. Ainda que sob a perspectiva econômica, o problema que se coloca, aqui, é o de legitimação, passando pela possibilidade de os custos do financiamento das despesas serem impostos, a toda sociedade, de forma contramajoritária, ou seja, sem que os contribuintes, atuais ou futuros, tenham concordado com isso.

⁶⁰Não se desconhece, aqui, que a elevação da carga tributária encontra seu limite na famosa “curva de LAFFER”, ou seja, em um ponto ótimo a partir do qual a elevação da alíquota promoverá a diminuição dos recursos arrecadados. Por exemplo, um cenário fictício de imposto de renda com patamar de 80% levará o contribuinte a trabalhar menos do que antes, o que diminuirá a arrecadação total. O economista norte-americano Arthur Laffer percebeu o ponto e desenvolveu sua famosa tese, que chegou a ser aplicada nos EUA (como determinante para a redução nominal dos tributos), sem grande sucesso, contudo, pois a economia não se encontrava no ápice da curva. Sobre o tema: VARIAN, Hal R. Microeconomia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pp. 304 a 307. Para um estudo (micro) econômico do Direito Tributário: CALIBDO, Paulo. Direito Tributário e análise econômica do Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁶¹Essas formas de financiamento das despesas públicas aparecem bem desenhadas em: MANKIW, Gregory, Microeconomia. Trad. Teresa Cristina Padilha de Souza. 6ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, pp.66 e 67. Sobre os custos sociais da inflação, há referência interessante na mesma obra, abrangendo pp. 72 a 77.

Há exceções, todavia. A preservação do espaço natural de formação das políticas públicas encontra seu limite, como não poderia deixar de ser, na preservação da base mínima que garante ao indivíduo competir, dentro de um sistema de igualdade complexa, pelo acesso às “esferas de justiça”⁶² que desejar. Não se trata, aqui, de garantir a prestação material propriamente dita, mas sim de possibilitar minimamente que a pessoa, caso decida passar pelas provações necessárias, seja aceita no grupo como postulante real do benefício que pleiteia. O mínimo existencial, portanto, sob a ótica aqui defendida, não se confunde com a garantia das condições materiais em si, salvo quando ofendida a dignidade humana, ou seja, representa a criação de uma base estrutural que permita ao indivíduo desenvolver-se, por seus próprios esforços, alcançando, talvez, as “esferas de justiça” almejadas. No que tange a esse suporte mínimo, o Judiciário pode e há de intervir para determinar a execução do orçamento, ou mesmo a criação de dotações adicionais, impondo à sociedade o ônus pertinente; quanto às demais etapas, devem elas ser relegadas ao processo de discussão política ordinária.

Não há como esconder a existência de algum grau de subjetividade na verificação concreta do mínimo existencial. Mesmo assim, a singela constatação de que o Estado não deve ser provedor de prestações materiais, mas, ao revés, desenvolvedor das condições básicas para o desenvolvimento da pessoa, o que se reflete no processo deliberativo, tudo isso já permite algum avanço no debate para excluir uma série de postulações no âmbito do Judiciário, independentemente da perquirição estéril sobre a existência de recursos disponíveis em caixa. Em resumo, não é incorreto afirmar que a atuação dos magistrados deve observar a reserva do possível, mas tal expressão há que ser entendida como respeito do espaço institucionalmente reservado à deliberação política, espaço este que tem de observar, como fronteira, as prestações abarcadas pelo mínimo existencial. Quanto ao restante das prestações, devem elas ser desenvolvidas pelos representantes eleitos, porquanto inexistente qualquer dever de consagração de um sistema de igualdade simples, o que, cabe lembrar, já foi postulado por teóricos da Constituição Dirigente.⁶³

Não se pode olvidar, de qualquer forma, que, nas hipóteses em que a Constituição determina diretamente uma destinação específica para o recurso, máxime mediante regras, o administrador aparece inegavelmente vinculado ao que foi prescrito.⁶⁴ Se em algum momento histórico for instituído pela União, por exemplo, empréstimo compulsório, o que for daí arrecadado deve, por imposição constitucional específica, ser destinado a resolver os problemas fáticos que levaram à sua instituição. Da mesma forma, em respeito ao preceito da não vinculação da receita advinda dos impostos, será inconstitucional qualquer tentativa de resguardar permanentemente, da arrecadação do IPVA, um montante específico para reforma de estradas, ainda que por lei especial. O raciocínio é o mesmo nas destinações específicas para áreas sociais, como educação e saúde, não cabendo, aqui, qualquer possibilidade de afastamento pelo administrador.

⁶²Retorna-se o uso, aqui, da conhecida expressão de Michael Walzer, com as ressalvas já feitas.

⁶³Análise crítica perecificante do “constitucionalismo dirigente”, inclusive sobre o tema da igualdade simples como objetivo da atuação política, aparece em: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. BERCOWICZ, Gilberto. MORAES FILHO, José Filomeno de. LIMA, Martônio Mont’Alverne B. Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 1 a 75.

⁶⁴Não é espaço, aqui, para desenvolver qualquer diferenciação entre princípios e regras. Importante, para os presentes fins, é compreender que as regras contêm “mandados definitivos”, o que adstringe o administrador, salvo em hipótese de invalidade ou pela eventual ocorrência de alguma cláusula de exceção. Os princípios, malgrado também vinculativos, apresentam-se como “mandados de otimização”. Sobre o tema, ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 85 e ss.

Afastados estes dois pontos excludentes, a intervenção judicial na formulação de políticas públicas, ou na própria execução do orçamento, deve ser, pelo menos a princípio, afastada, preservando-se as escolhas feitas pelos representantes eleitos. Mesmo diante da grave crise observada no Legislativo brasileiro, da conhecida dificuldade do Planalto em respeitar parâmetros razoáveis de gastos correntes, e ainda que a reforma política seja um ponto sem definição a curto e médio prazo,⁶⁵ a deliberação majoritária deve continuar sendo preservada como o espaço corriqueiro para definição das prioridades do país. Reserva-se ao Judiciário relevante papel de contenção de excessos, o que, contudo, não pode ser diluído em qualquer possibilidade de investigação discricionária sobre a existência e/ou a utilização adequada dos recursos públicos pelo administrador.

5 - Conclusão

Como se vislumbrou ao longo destas breves linhas, a construção (e a observância efetiva) de um modelo orçamentário compatível com a realidade nacional em muito poderia contribuir para amenizar as tensões existentes entre os três Poderes da República, principalmente no que tange ao espaço de atuação do Judiciário para a garantia das prestações mínimas que assegurem ao indivíduo postular, por seus próprios esforços, o conjunto de bens, materiais ou imateriais, que desejar, dentro de um sistema de igualdade complexa.

O caminho, no entanto, não passa pela vinculação cega do administrador à execução do orçamento, tampouco pela teoria da reserva do possível fática. Mais importante do que perquirir sobre a existência de recursos em caixa e, com base nisso, verificar a sindicabilidade da prestação, é conduzir o orçamento para o debate público, obrigando o administrador a motivar suas escolhas, inclusive de não gastar, e pressionando o Legislativo quando da tramitação do projeto de lei, mormente quando da apresentação das emendas. Em suma, o orçamento autorizativo não deve ser abandonado, mas corretamente aplicado.

Não se pretendeu, por óbvio, estabelecer qualquer sorte de modelo fechado, nem haveria espaço para tanto. Ainda assim, a análise que foi aqui desempenhada pode contribuir, ainda que sob uma perspectiva de mera provocação ao debate, para que o tema em pauta seja alçado, como ocorre em inúmeros países, a uma posição sobranceira no cenário jurídico nacional. Nesse contexto, toda e qualquer crítica porventura recebida, ao revés de enfraquecer o ensaio, apenas contribuirá para que este escrito tenha alcançado seu escopo primeiro.

⁶⁵Bruce Ackerman, em opúsculo de relevo, propôs-se a analisar os sistemas de governo, concluindo que muitas das mazelas comumente observadas nos países presidencialistas advêm da própria fraqueza do modelo político escolhido, agravadas pelas características sociais e políticas encontráveis. ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VALE A PENA TER UMA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA TÃO GRANDE?

Fernando Lemme Weiss*

Sumário: 1. Introdução; 2. Causas da inflação constitucional financeira; 3. Conseqüências do exagero textual; 4. Conclusões; Referências.

1. Introdução

O brasileiro sempre se orgulhou de ter o maior rio do mundo, o maior litoral atlântico, a maior floresta e o maior estádio. Sem muita reflexão, em 1988 alcançamos outra marca: a maior de todas as constituições¹ e, em especial, a maior na matéria financeira (tributária + orçamentária), com 525 dispositivos². A segunda é a colombiana de 1991, com 109, a maioria sobre orçamentos. Mesmo a Constituição alemã de 1949, também federal e que contém o terceiro maior conjunto de dispositivos sobre tributos e finanças públicas,

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ, Professor nas pós-graduações em Direito Fiscal e Tributário da Pontifícia Universidade Católica-RJ e Fundação Getúlio Vargas

¹As cinco maiores constituições, por número de caracteres sem espaços, são: 1) Brasil – 363.817; 2) Papua Nova Guiné – 354.791; 3) México – 295.099; 4) Colômbia – 269.645; e 5) Venezuela – 205.993. Não foram computados o preâmbulo, assinaturas, glossários interpretativos nem outras indicações não textuais. A informação foi obtida a partir da leitura das 188 constituições disponíveis no site especializado confinder.richmond.edu.

As quarenta maiores constituições em matéria tributária e orçamentária são: Brasil (525 dispositivos), Colômbia (109), Alemanha (97), Uruguai (70), Paquistão (64), Venezuela (59), México (57), Malawi (49), Índia (46), Gana e Bangladesh (45), Serra Leoa (44), Uganda (41), Equador e Cingapura (39), Papua Nova Guiné e Bélgica (35), Austrália (34), Suazilândia (33), Portugal (32), Peru, Sri Lanka e Sudão (31), Ilhas Marshall (30), África do Sul e Espanha (29), Trindade e Tobago (27), Tanzânia e Rep. do Congo (26), Panamá (25), Paraguai (24), Bolívia e Zâmbia (23), Guiana (inglesa), Zimbábue, Turquia e Argentina (22), Ilhas Maurício e Lesoto (21). A maioria dos dispositivos trata de orçamentos e de sua tramitação.

²Foram contabilizados todos os dispositivos que regulam despesas públicas, incluindo os que tratam de fundos e de iniciativas orçamentárias. Na brasileira, não foram computados os arts. 163, 164 e 192, por cuidarem de matéria financeira bancária, nem o art. 213, por tratar genericamente da aplicação de recursos públicos. Não foram incluídos dispositivos referentes a: fiscalizações financeira e orçamentária, dívida pública, os *caputs* que apenas iniciam listas (só contados os dispositivos da lista, salvo se houver algum outro conteúdo no *caput*), sistema financeiro bancário, glossários interpretativos de diversas constituições de língua inglesa, direito de cada Poder ou órgão autônomo de elaborar sua proposta orçamentária (na brasileira seriam 12 dispositivos, sendo sete do Judiciário, no art. 99; quatro do Ministério Público, no art. 127; e um da Defensoria Pública, no art. 134).

Foram contados 250 dispositivos nos arts. 145 a 169, somados os *caputs* e os respectivos parágrafos, alíneas e incisos: arts. 145 (5), 146 (12), 147 (1), 148 (4), 149 (10), 149-a (2), 150 (21), 151 (3), 152 (1), 153 (23), 154 (2), 155 (50), 156 (15), 157 (2), 158 (7), 159 (10), 160 (4), 161 (4), 162 (2), 165 (18), 166 (19), 167 (15), 168 (1), 169 (12). Os demais artigos que tratam de tributos e finanças são: arts. 5º, XXXIV (1); 24, I e II (2); 30, III (1); 48, I, II (2); 57, § 2º (1); 62, § 1º, II, b e § 2º(2); 63, I (1); 100 e sete parágrafos (8); § 4º, do art. 177 e seus dois incisos e cinco alíneas (8); inciso II, do § 4º, do art. 182 (1); 195, com seus treze parágrafos, quatro incisos e três alíneas (21); art. 198, §§ 1º a 3º (7); parágrafo único do art. 204 (4); 212 e seis parágrafos (7); § 6º do art. 216, com suas três alíneas (4); § 5º do art. 218 (1); 239 e quatro parágrafos (5); 240 (1); 249 (1); 250 (1); totalizando 76 dispositivos. No ADCT, foram computados 199 dispositivos nos arts. 33 a 42 (47), 55 a 57 (7), 59 (2), 60 (37), 71 a 88 (95), 90 a 94 (11).