

A POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ORÇAMENTOS, COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO INTERESSE SOCIAL

LA POSIBILIDAD DEL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PRESUPUESTOS, COMO INSTRUMENTO DEL CONTROL DEL INTERÉS SOCIAL

Cristina Elena Bernardi Iaroszski*

Ricardo dos Reis Silveira**

RESUMO: Todo ato expedido pela Administração Pública no desempenho da função administrativa reveste-se de presunção relativa de estar correto, visto que o princípio da legalidade impõe que a Administração aja somente de acordo com a lei. Assim sendo, não se pode aceitar a pura e simples argumentação de que determinado ato administrativo encontra-se maculado. Cabe ao administrado produzir provas que sirvam de suporte a essa alegação, além do controle que pode exercer os Tribunais Superiores, bem como de todos os Tribunais de Contas. Sabemos que a lei orçamentária anual sofre alterações dentro do exercício financeiro, às vezes demasiadamente. Essas alterações realizadas no exercício financeiro devem ser com observância dos preceitos constitucionais. Mesmo o diploma orçamentário, como norma de efeito concreto, pode ser inconstitucional e acarretar o controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade. Este artigo tem a pretensão de demonstrar o entendimento dos Tribunais Superiores sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tenha por objeto dispositivo da lei orçamentária.

PALAVRAS-CHAVE: Lei; Orçamento; Inconstitucionalidade.

RESUMEN: Todo acto expedido por la Administración Pública en el desempeño de la función administrativa es de relativa presunción de ser correcto, ya que el principio de legalidad exige que la Administración sólo actuará de conformidad con la ley. Por lo tanto, no puede aceptar la pura y simple argumento de que ciertos acto administrativo se han visto frustradas. Que se administra para producir pruebas que servirán para apoyar esta afirmación, además de controlar las personas que pueden ejercer los tribunales superiores, así como a todos los Tribunales de Cuentas. Sabemos que la ley anual de presupuesto sufre cambios en el curso del ejercicio, a veces demasiado. Estos cambios realizados en el ejercicio económico será de conformidad con los preceptos constitucionales. Incluso el título de presupuestación, norma efecto concreto, podría ser

*Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogada. Especialista em Direito Público – Novas tendências em Face da Constitucionalização do Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus Erechim - RS.

**Mestre e Doutor pela Universidade Federal de São Carlos, Advogado, Professor do Curso de Direito da Universidade de Ribeirão Preto e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos.

inconstitucional, con el control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad. Este artículo tiene el propósito de demostrar la comprensión de los Tribunales Superiores de la acción directa de inconstitucionalidad, que tiene por objeto dispositivo de la ley de presupuesto.

PALABRAS CLAVE: Ley; Presupuesto; Inconstitucionalidad.

Introdução

O orçamento público é o instrumento pelo qual a Administração estima suas receitas e, em função de tal estimativa, fixa suas despesas para determinado exercício financeiro. Muito mais que uma simples peça contábil, é a lei orçamentária (LOA) um importante instrumento de planejamento gerencial e um compromisso pragmático com a sociedade.

A despeito do compromisso público que o orçamento representa, hoje são rotineiras alterações pontuais durante a sua fase de execução, em todos os níveis de governos, de forma que a lei que o veicula acaba se transformando em elemento de ficção.

Não bastassem as sucessivas alterações que a quase totalidade dos orçamentos públicos brasileiros experimentam, a situação é agravada pelo descompromisso dos responsáveis pela sua elaboração com a estimativa da receita. A superestimação da previsão de arrecadação permite uma profusão de despesas previstas, que acabam não sendo realizadas porque, dentre os recursos livres, sempre resta ao Chefe do Executivo a eleição das prioridades, em completo desprezo aos valores e princípios que nortearam a elaboração da lei orçamentária.

Tais vícios acabam impregnando de vícios o processo de elaboração e execução do orçamento público, diminuindo a relevância do Poder Legislativo na definição de políticas públicas e prioridades administrativas, de forma a provocar um desequilíbrio entre os Poderes da República, com uma hipertrofia manifesta do Poder Executivo, que acaba monopolizando todo o complexo processo de arrecadação e aplicação de recursos públicos.

Não bastasse tudo isso, as leis orçamentárias, sempre preveem a apriorística possibilidade de realocações de dotações orçamentárias, pelo Poder Executivo, frustrando a exigência constitucional de lei específica, reforçando a ampla possibilidade de disposição dos gastos públicos.

Por certo, tal práxis administrativa não é consentânea com o interesse público e com os nossos valores republicanos, de forma que vem provocando intensos e calorosos debates.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho se propõe a prestar modesta contribuição com o debate e, principalmente no sentido de tentar evidenciar a inconstitucionalidade de tais práticas.

1. O sistema constitucional de orçamento

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo às finanças públicas, nele inserindo regras e princípios, que regem a arrecadação de tributos e demais verbas, que constituem os recursos públicos, além de sua partilha da arrecadação com os entes federados.

Da mesma forma, a Carta da República disciplina a aplicação de todos os ingressos nos cofres públicos, determinando que tal se faça parametrizado pelo planejamento legal, que deve ocorrer através do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), na forma do disposto no seu artigo 165.

Toda a atividade financeira do Estado envolve mecanismos próprios, que são exclusivos do poder público. Estes mecanismos são substancialmente diferentes dos praticados pela atividade privada. Além disso, a forma de obtenção de recursos realizada pelo Estado é impositiva e compulsória.

A Constituição ao disciplinar o orçamento público, levou em consideração que os poderes do Estado necessitam de delimitação e, mais do que, de orientação, daí a regulamentação das finanças públicas com a fixação de seus princípios fundamentadores e diretivos. A implementação da vontade constitucional se dá, especialmente, pela lei orçamentária. Toda norma que regulamenta comando constitucional, como se sabe, deve vincular-se à vontade constitucional.

Segundo Uadi Lammego Bulos, o orçamento, veiculado por uma lei ordinária, é um plano financeiro anual da Administração Pública, concluindo:

Assim, nos termos de nossa Constituição, orçamento é um instituto jurídico, governamental, econômico e técnico, traduzido numa lei.

A missão da lei orçamentária é programar, planejar e aprovar obras, serviços e encargos públicos, estipulando o plano financeiro anual para as entidades constitucionais, com previsão da receita e autorização da despesa (BULOS, 2011. p. 1474).

Não obstante, é necessário lembrar que o orçamento se insere em um macro sistema de planejamento financeiro, que sempre deve guardar vinculação com os instrumentos legais que o precedem, ou seja com o Plano Plurianual (PPA) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

O PPA trata das diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública, de maneira regionalizada, estabelecendo as despesas de capital, as que dela decorrerem e, as relativas aos programas de duração continuada, nos termos do artigo 165, §1º da Constituição Federal (CF).

A LDO fixa as metas e prioridades da Administração Pública, as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, bem como orientará a elaboração da LOA e disporá sobre as alterações na legislação tributária, conforme artigo 165, §2º da CF.

Por fim, a LOA disporá sobre a estimativa da receita e a fixação das despesas, estabelecendo o orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social, os quais incluirão os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta.

Todos referidos instrumentos de planejamento de receitas e gastos públicos devem ser veiculados por lei, isto porque, segundo Canotilho, compete ao legislador “dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas, garantir prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais.” (CANOTILHO, 1982, p. 369).

Assim, o orçamento público, normativamente, previsto nos artigos 165 a 169 da Constituição Federal, sistematiza a atividade financeira do Estado, materializada a técnica orçamentária na previsão da receita e a fixação da despesa, por certo lapso temporal (um ano), sendo que dele somente pode escapar a criação ou majoração de tributos, que devem decorrer de lei especial e respeitar o princípio da anuidade.

Portanto, o produto da arrecadação de um ente federado, bem como toda e qualquer despesa pública, há que encontrar previsão na lei orçamentária, que lhe serve de justificação e fundamento jurídico.

3. O conteúdo finalístico do orçamento e a necessidade de sua execução vinculada

O orçamento público, em última análise, deve ser sempre um compromisso público da Administração com a população, onde ela se obriga a planos e projetos de emprego dos recursos arrecadados, em prol da comunidade.

Nessa ordem de ideias, o orçamento é principal vetor do emprego dos recursos públicos, dele decorrendo a decisão política da vinculação dos gastos da administração com o interesse da população. Nesse sentido, Régis Fernandes de Oliveira anota que “O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas” (OLIVEIRA, 2006, p. 243).

Em última análise, o orçamento é uma forma do exercício do poder popular, na medida em que os representantes do povo impõem ao Poder Executivo limites na arrecadação e no emprego dos recursos públicos, ou segundo anotado por Celso Ribeiro Bastos, é ele: “um instrumento de exercício da democracia pelo qual os particulares exercem o direito, por intermédio de seus mandatários, de só verem efetivadas as despesas e permitidas as arrecadações tributárias que estiverem autorizadas na lei orçamentária” (BASTOS, 2002. p. 74).

Dessa forma, o orçamento consolida os compromissos da Administração com os superiores interesses da coletividade e com a busca da concreção dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição. Nesse sentido ressalta Fernando Borges Mânica:

No Estado Social e Democrático de Direito, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais. Neste cenário, a Constituição de 1988 alçou o orçamento público a importante instrumento de governo, tanto para o desenvolvimento econômico quanto para o desenvolvimento social e político (MÂNICA, 2007, p. 03).

Assim, o orçamento é considerado um ato administrativo, em relação aos gastos, porque basta mera operação administrativa para a despesa e, em relação à arrecadação dos tributos, adquire caráter de lei em seu sentido material porque gera obrigações fiscais de conteúdo jurídico para o contribuinte, de forma geral e abstrata.

Com efeito, para a gestão de recursos públicos, considerando principalmente as finalidades últimas do Estado, mister a existência de um estudo prévio consolidado sobre o montante da receita e o quantitativo de despesas necessárias à execução do plano de ação governamental. Dessa necessidade foi que surgiu o orçamento, cujo conceito presta-se a espelhar a situação financeira de um país, em determinado período de tempo.

Importante ressaltar que nos Estados que adotam a forma federativa, a repartição de competências observa, antes de tudo, a autonomia dos entes federados. Tal

característica encontra-se presente, inclusive, no tocante ao orçamento, de modo que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem e devem definir seus orçamentos, levando em conta suas prioridades e características. Isso, contudo, não impede que alguns aspectos de interesse geral exijam ações conjuntas que acabam por criar uma interdependência e, por conseguinte, exigir uma coordenação entre os orçamentos.

Normativamente a receita pública é o conjunto de recursos financeiros que entram pelos cofres do Estado e, a despesa pública é considerada a parte do orçamento que autoriza a execução de gastos para remunerar servidores, adquirir bens, executar obras e empreendimentos. A despesa, ainda, designa a aplicação lícita em prol de bem público, pela autoridade ou agente competente. Correlaciona-se também com o princípio da legalidade, pois além de impor autorização legislativa para a sua efetivação, os gastos devem ser autorizados por lei.

A LOA é a materialização do planejamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na manutenção de sua atividade e na execução de seus projetos. O dispositivo constitucional consagra o princípio da universalidade.

O orçamento pode ser definido como a previsão da receita e a fixação da despesa para um determinado exercício financeiro. O princípio da unidade estabelece que o orçamento deve contemplar todas as entidades da administração pública que detenham ou recebam dinheiro público.

O artigo 165, §5º da CF determina que integrem a LOA os três orçamentos: o fiscal, o de investimentos e o da seguridade social. O orçamento fiscal abrange todas as receitas e despesas projetadas para o exercício financeiro a que se refere à LOA, referentes aos poderes Legislativo e Executivo, seus órgãos, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes. O orçamento de investimento, conforme determina o art. 12 da Lei nº 4.320/64 e a Portaria nº 163/01, de 04 de maio de 2011, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e Secretaria de Orçamento Federal (SOF) se refere às despesas com o planejamento e a execução de obras, aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente. E, por fim, o orçamento da seguridade social, que abrangerá todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos instituídos e mantidos pelo poder público. A seguridade social estabelece os planos de atuação da administração pública relativos à saúde, à previdência e à assistência.

Como há a exigência de que a lei orçamentária anual deva guardar sintonia e compatibilidade com o PPA e a LDO, não pode haver qualquer previsão de investimento com duração superior a um exercício financeiro.

Ocorre por vezes que a própria Constituição estabelece e delimita o que deve prever a LOA. Em algumas situações acaba por vedar matérias que o orçamento não pode contemplar.

Consolidadas as três peças de planejamento financeiro da Administração, as mesmas se transformam em compromissos sociais, que não podem ser alterados, salvo pela superveniência de fato imprevisto, justificado por interesse público relevante.

Ocorrendo circunstância que autorize a alteração orçamentária, elas podem ocorrer na forma de créditos adicionais ou de alterações orçamentárias com transferências, transposições ou remanejamentos de recursos. Há muito tempo vislumbrou-se que estas realocações de recursos orçamentários se refletiam exclusivamente na possibilidade de abertura créditos adicionais, previstos na Lei 4.320/64. Hoje, contudo, o entendimento majoritário, é tais figuras, criadas pela própria Constituição, quando ela vedou utilização de tais práticas sem lei autorizativa.

Nesse sentido, a Constituição restringe tais realocações de recursos (art. 167, VI), proibindo o remanejamento, a transposição e a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou, de um órgão para outro, sem que exista prévia autorização legislativa. Tais restrições constitucionais explicitam a necessidade de controle da programação da despesa, pelo Legislativo, a fim de evitar que o processo de execução orçamentária contemple distorções, em detrimento do bem comum.

Não obstante a rigidez constitucional no trato da matéria orçamentária, são possíveis alterações durante a sua execução, na forma de transposições, transferências ou remanejamentos de dotações.

Transposição de dotações orçamentárias, conforme sustentado por Heraldo da Costa Reis, ocorrem na forma seguinte:

As transposições são consideradas repriorizações nos programas de trabalho, mediante a realocação dos remanescentes orçamentários para o programa de trabalho repriorizado, dentro do mesmo órgão. Assim, é necessário que a lei autorize a realocação dos recursos orçamentários de um projeto para outro, sempre dentro do mesmo órgão. (REIS, 2010. p. 99).

De menor impacto e relevância, as transferências também implicam em reacomodação de previsões orçamentárias, sem alteração das prioridades definidas na lei orçamentária, ou segundo o mesmo autor:

As transferências são realocações de recursos entre as categorias econômicas de despesas, dentro do mesmo órgão e do mesmo programa de trabalho. Nas transferências as atividades envolvidas continuam em franca execução. Nos créditos especiais ocorre a implantação de atividade nova. Neste caso, realocam-se recursos e observa-se o programa/ação.

Por fim, ainda podem ocorrer os remanejamentos de dotações orçamentárias, cuja justificativa é a existência de uma reforma administrativa, ou segundo Heraldo da Costa Reis:

E os remanejamentos sempre ocorrem no âmbito da organização, sempre que houver reforma administrativa prevendo a extinção de um órgão e a criação de outro para a sua substituição, sendo evidente que só devem realocar os remanescentes orçamentários do órgão extinto para o novo (REIS, 2010. p. 99).

As figuras do remanejamento, transposição e transferências não estão previstas na Lei 4.320/64. Os artigos 40 a 46 da referida lei de regência tratam exclusivamente dos créditos adicionais, pois lá estão as regras que merecem observação por parte do administrador público, relativamente à indicação de recursos orçamentários e financeiros, por autorização da lei e abertura dos créditos adicionais.

A diversidade de natureza jurídica entre os créditos adicionais previstos na Lei nº 4.320/64 e as técnicas de remanejamento, transposição e transferência de recursos orçamentários é bem observada por J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, que assim as sintetizam: “uma vez que nos créditos adicionais, o fator determinante é a necessidade da existência de recursos e, para as demais alterações ocasionam-se pela reprogramação por repriorização de recursos” (REIS, 2010, p. 99).

Diante desse quadro e, ante à expressa vedação contida no artigo 165, inciso VI, da Constituição da República, nos parece forçoso concluir somente circunstâncias especiais, justificadas pelo interesse público devidamente fundamentado e mediante lei específica que se pode cogitar de tais prática ou, como anotado por Carlos Valder do Nascimento:

As palavras transposição, remanejamento ou transferência são empregadas no mesmo sentido. Todas são formas de retirar recursos de uma programação e passá-los para outra, o que representaria se permitido fosse, uma real forma de burlar a lei orçamentária. Visam, portanto, adequar o orçamento a situações no decurso do ano orçamentário (exercício financeiro) (NASCIMENTO, 1999. p. 91).

Portanto, as figuras previstas (vedadas) no artigo 167, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil devem ter sempre como fundamento a mudança de vontade da Administração Pública no estabelecimento de suas prioridades

em vista do interesse público, fato que, pela sua própria natureza, necessita de lei específica que modifique a lei orçamentária aprovada, de forma que não é possível que a LOA possa contemplar futuras alterações, sem que isso tenha sido objeto de específica deliberação do Poder Legislativo.

Note-se que a regra é de que a lei orçamentária, na parte que fixa as despesas e as organiza em categoria, é de efeito vinculante para a administração, sendo que quaisquer mudanças ulteriores, além da autorização legislativa, sempre devem encontrar justificativa no interesse público justificado, sob pena de violar a cláusula constitucional do *due process of law substantive* e impregnar de vício insanável a alteração..

4. Da inconstitucionalidade da lei orçamentária por conter matéria vedada pela Constituição

As normas constitucionais são supremas na estrutura hierárquica da ordem jurídica. A Constituição é formada pelas regras e princípios que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo. Segundo Klaus Stern, a Constituição é:

(..) uma decisão global sobre a forma da unidade política' adotada através de um ato de poder Constituinte. De acordo com ele se diferencia a Constituição da Lei Constitucional, a qual se pressupõe a existência da constituição como decisão política e contem uma multiplicidade de regras heterônomas, que não reflitam simplesmente as decisões fundamentais a que são chamadas Constituição. (STERN, 1987, pp.203-4)

Na consecução de um Estado Democrático de Direito, tudo se submete ao império da Constituição. O Estado e os particulares sempre devem conformar suas atuações, aos preceitos, princípios e valores preconizados na Carta Constitucional.

Toda e qualquer atuação fora dos limites esquadrihados pela Constituição são írritos e insuscetíveis da produção de efeitos, exatamente por não encontrar fundamento de validade ou legitimidade.

Em interessante abordagem, Lúcio Bittencourt, sustenta que "a inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição" (BITTENCOURT, 1997, p. 132). Já José Afonso da Silva, vai além, ao sustentar que a constitucionalidade não decorre de simples "conformidade com os ditames constitucionais", a qual "não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição", mas ainda com o não "omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim o determina" (SILVA, 2.010, p. 98).

Como Guardião da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal, já teve a oportunidade de estabelecer a máxima censura à norma inconstitucional, assim delimitando o vício e suas consequências:

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e consequente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. (STF, Pleno, ADin 652-5-QO/MA, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. em 2-4-1992, DJ de 2-4-1993, Ementário de Jurisprudência n. 1698-03).

No exame de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, verificamos que existem requisitos de forma, subjetivos e objetivos. No caso de uma lei elaborada por um procedimento contrário à constituição, ou emanada de órgão que não tinha competência para proferi-la, ou ainda, criada em tempo proibido será inconstitucional. Neste caso possui uma inconstitucionalidade formal, instrumental ou extrínseca, a qual se subdivide em: inconstitucionalidade formal propriamente dita, inconstitucionalidade formal orgânica e inconstitucionalidade formal temporal.

A inconstitucionalidade formal propriamente dita contamina o procedimento no momento de elaboração das espécies normativas, uma vez que não há a observância dos pressupostos técnicos exigidos. Já a inconstitucionalidade formal orgânica ocorre quando órgãos que não detêm a competência constitucional para elaborar determinados atos normativos, o fazem, gerando um vício de competência. E a inconstitucionalidade formal temporal advém quando o órgão que é competente para editar as espécies normativas, o faz no momento em que era proibido, fora do período de normalidade institucional.

Além da inconstitucionalidade formal existe a inconstitucionalidade material, substancial ou intrínseca, a qual afeta o conteúdo das disposições constitucionais. O conteúdo é a matéria de fundo, como orienta Uadi Lammego Bulos:

Matéria de fundo é o assunto, o tema, a substância que está por trás dos artigos, incisos ou alíneas. Não diz respeito ao procedimento, nem à técnica formal de produção legislativa; relaciona-se à conveniência ou inconveniência de editar, ou não, determinada lei ou ato normativo. Nisso, abrange os grandes princípios formulados pelo constituinte e o quadro de valores supremos inscritos na mensagem constitucional positivada (BULOS, 2011. p. 141).

Ademais, a matéria de fundo ainda pode ser violada de duas maneiras: i- pela incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o da constituição; e, ii- pelo excesso do ato de legislar. Pela incompatibilidade pelo excesso do ato de legislar entende-se a contradição entre o fim do ato normativo e o fim do bem constitucionalmente tutelado, configurando um desvio de poder do legislativo. Já a inconstitucionalidade finalística serve para demonstrar a existência do elo da incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o da constituição. Diz-se finalística porque é verdadeiro parâmetro que busca avaliar se existe, ou não, contraste entre as finalidades constitucionais e os preceitos das leis comuns, ocasionando também o desvio de poder.

Não obstante, hoje as leis orçamentárias, em quase sua totalidade, trazem dispositivo autorizando o Poder Executivo, previamente, a proceder realocações de dotações orçamentárias quando da sua execução.

Neste contexto, verifica-se que as LOAs, acabam traduzindo autorização vedada pela própria Constituição Federal, enseja vício de inconstitucionalidade. Acarreta, portanto, a inconstitucionalidade material finalística, pois se está diante de uma incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o conteúdo da Constituição.

Além do mais, deve-se lembrar de que a LOA é uma norma de efeito concreto e, em razão disso não depende de regulamento, nem de ato do executivo para a produção de seus efeitos, pois, atua desde a sua vigência, consumando o resultado de seu mandamento. Esta lei de efeito concreto é passível de invalidação judicial.

Portanto, o diploma orçamentário ou artigo constante deste diploma que esteja eivado de vício, poderá sofrer a fiscalização do controle de constitucionalidade.

5. Do cabimento do controle jurisdicional de constitucionalidade

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou, por muito tempo, no sentido do não cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra leis de efeitos concretos, principalmente no que diz respeito à LOA e a LDO. Um dos grandes exemplos deste entendimento é o acórdão da ADIn 2.484:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

(ADI-MC 2484 DF. Relator Min. CARLOSVELLOSO. julgamento em 18/12/2001. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-13 PP-02452).

Entretanto, este entendimento controvertido passou a ser relativizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal ao admitir o controle de normas constantes de leis orçamentárias, desde que lhe fossem conferidas um grau mínimo de abstração. A Corte entende que nestes casos “mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta” (ADIn 2.535).

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido de permitir o integral controle de constitucionalidade de leis de natureza orçamentária. Aliás, nesse sentido, decidiu a Ministra Ellen Gracie, ao proferir despacho monocrático na Adi nº 4.048:

Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. **Revisão de jurisprudência.** O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade.

Tal mudança de postura do Supremo Tribunal Federal repercutiu na doutrina, que assim viu a nova posição:

É inegável que todos ficaram satisfeitos com o interesse da Suprema Corte na análise da questão orçamentária. A jurisprudência que havia se estabelecido não permitia a análise da questão, deixando espaço grande e importante para que o Poder Executivo pudesse, com o Legislativo, ficar sem fiscalização pela via concentrada. Os argumentos trazidos pela nova jurisprudência são todos adequados e merecem ser acolhidos. Não havia mesmo sentido em deixar a análise da questão para outros órgãos que não fosse a Suprema Corte, pela via do controle concentrado. Portanto, de se louvar a decisão, que aumentou o conteúdo de fiscalização do Poder Judiciário, aliás, fiscalização correta e adequada. Os Ministros foram felizes quando entenderam que as normas do orçamento devem respeitar os ditames constitucionais e, por isso, deixaram de ser atos concretos, que escapariam da fiscalização. Portanto, hoje o STF analisa a questão orçamentária, o que fez com que fosse modificada a sua posição. Nesse particular, irrepreensível o exercício de cidadania” (NEME E ARAÚJO, 2.011, pp. 203-214).

Pela análise moderada e criteriosa dos fundamentos da decisão, percebe-se que o Supremo, procura estabelecer uma distinção clara entre os atos estatais de efeitos concretos e abstratos, para efeito de permitir o controle direto de constitucionalidade.

Os atos legislativos de efeitos concretos, sem nenhum grau de abstração continuam insuscetíveis de controle concentrado de constitucionalidade, segundo o entendimento ainda mantido pela Corte Suprema. Todavia, eles não são infensos às demais formas de impugnação, inclusive da ação civil pública ou da ação popular.

No tocante às leis orçamentárias, o novo entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer nas leis orçamentárias o grau de abstração e generalidade suficiente para sujeitá-las também ao controle concentrado de constitucionalidade, aumentando, assim, a possibilidade de fiscalização sobre tais importantes leis.

Considerações Finais

O orçamento público é um documento, aprovado por lei, que contém a previsão da receita e fixação da despesa a serem realizadas pela Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios em determinado exercício financeiro. No entanto, para que o orçamento seja elaborado adequadamente é necessário que ele observe alguns critérios.

Diante disso, a Constituição Federal em conjunto com a Lei nº 4.320/64, bem como com a Lei de Responsabilidade Fiscal e demais leis e atos normativos relativos à matéria orçamentária, estabelecem esses critérios que devem ser observados no momento de sua elaboração.

Em decorrência das mudanças que ocorrem diuturnamente, existe a possibilidade de se alterar o orçamento aprovado, desde que haja previsão legal e sejam seguidas as vedações contidas no texto Constitucional.

Os Tribunais de Contas dos Estados, principalmente do Estado de São Paulo, têm realizado vários estudos e verificaram que a matéria contida no artigo 167, VI, da CF é vedada na LOA. Diante disso, os instrumentos de remanejamento, transposição e transferência são institutos incompatíveis com a LOA e, para terem validade devem ser aprovados por lei específica.

Ademais, o remanejamento, a transposição e a transparência não são o mesmo que intercambiar dotação entre elementos de despesas ligados a uma mesma categoria de programação, como se fosse o tipo mais próximo da ação concreta da Administração Pública. Se assim fosse, dispensaria autorização legal, não onerando, por consequência, o percentual concedido no diploma orçamentário. Resumindo, esta alteração

orçamentária nem mesmo de lei necessária, pois, seria aprovada por Decreto do Chefe do Poder Executivo.

Entretanto, se a LOA autorizar, de forma prévia e genérica, por meio de transposição, remanejamento e transferência, estará afrontando o próprio princípio orçamentário da exclusividade.

Se a lei exigir que seja utilizada a transposição, a transferência e o remanejamento, não se pode utilizar crédito adicional, uma vez que indicará alteração nas políticas de governo e, assim, sempre será necessária a lei específica.

Neste contexto, se o diploma orçamentário for aprovado contendo tais institutos que são vedados pela própria constituição, é cediço neste caso, que existe uma inconstitucionalidade material, em razão do desvio de finalidade da Administração Pública.

Contudo, até pouco tempo atrás, os casos de inconstitucionalidade da LOA só poderiam ser avaliados perante o controle difuso de constitucionalidade, realizado por qualquer Tribunal. O próprio STF e a grande maioria da doutrina entendia que a LOA, por se tratar de norma de efeito concreto, não poderia sofrer a verificação do controle concentrado de constitucionalidade.

Este entendimento vem sendo modificado pelo STF, que entendeu recentemente que as leis orçamentárias seriam atos estatais de efeitos concretos somente na aparência, pois, para que sejam efetivamente executadas, dependem necessariamente, da prática de atos de efeitos concretos. Como a LOA não depende de regulamento, nem de ato do executivo para a produção de seus efeitos, uma vez que atua desde a sua vigência, consumando o resultado de seu mandamento, esta lei de efeito concreto é passível de invalidação judicial via controle concentrado de constitucionalidade e, poderá desta forma, ser interposta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Referências

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In Sarlet, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997

BRASIL. JusBrasil, 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775611/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2484-df>. Acesso em: 20 ago.2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 737, 1997.

BRASIL. JusBrasil, 2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=ADI+2535+MC>. Acesso em: 20 ago.2013.

_____. JusBrasil, 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18253855/acao-direta-d-inconstitucionalidade-adi-4048-df-stf>. Acesso em: 20 ago.2013.

_____.Supremo Tribunal Federal, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=concreto&processo=4048>. Acesso em 20 ago.2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional.São Paulo: Saraiva, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Jurisdição e direitos fundamentais. Anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado.São Paulo: Saraiva, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul./set. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. Direito Constitucional Positivo. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David, O Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias, IN: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury, Orçamentos Públicos e Direito Financeiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.203-214.

OLIVEIRA. REGIS FERNANDES DE. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2008.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio et al. Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RAMALHO, Paula Afoncina Barros. A Revisão Judicial das Escolhas e da Execução Orçamentárias como estratégia de efetivação dos Direitos Fundamentais prestacionais in Revista Parahyba Judiciária. Seção Judiciária da Paraíba – a. 6, v. 7 (Novembro, 2008). João Pessoa: ed., 2008.

REIS, Heraldo da Costa Reis e J. Teixeira Machado Jr. A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 33ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÃO PAULO, 2013. Doutrina Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/artigo-permuta_entre_dotacoes.pdf. Acesso em: 31 jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Ricardo Augusto Dias da. Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

STERN, Klaus. Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.