

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS:

EFICIÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

CONSTITUTIONALITY CONTROL OF BUDGET LAWS:

EFFICIENCY AND DEMOCRATIC PARTICIPATION

Leila Maria Bijos
leilabijos@gmail.com

Benjamin Tabak
benjamin.tabak@gmail.com

César Augusto Nardelli Costa
cesar.nardelli@gmail.com

Recebido: 15-5-2018

Aprovado: 7-5-2019

Sumário: 1 Introdução. 2 Do Controle de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – Da Possibilidade Teórica à Intervenção Judicial. 3 Eficiência e Participação Democrática. 4 Considerações finais. 5 Referências.

RESUMO:

Trata-se de artigo que expõe a evolução paradigmática do controle de constitucionalidade das leis de natureza orçamentária no entendimento do Supremo Tribunal Federal e em que medida os instrumentos teóricos da Análise Econômica do Direito (AED) podem servir para avaliar a adequação constitucional da legislação confrontada. Após a virada de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da MC em ADI 4.048/DF, vários tribunais brasileiros passaram a admitir que as leis orçamentárias fossem objeto de exame de constitu-

ABSTRACT:

It is an article that exposes the paradigmatic evolution of the control of constitutionality of laws of budgetary nature in the understanding of the Federal Supreme Court (STF) and to what extent the theoretical instruments of the Economic Analysis of Law (AED) used to evaluate the constitutional adequacy of the legislation. After the STF leading case of MC-ADI 4.048 / DF, several Brazilian courts admitted judicial review of budgetary laws. A fertile field of action for the judicial intervention arises and the challenge imposes a multidisciplinary

dade. Surge campo fecundo de atuação para os órgãos de intervenção jurisdicional e o desafio impõe abordagem multidisciplinar para a avaliação e eventual correção do Orçamento Público.

Palavras-Chave:

Leis orçamentárias. Controle de Constitucionalidade. Análise Econômica do Direito.

approach for the evaluation and eventual correction of the Public Budget.

Keywords:

Public Budget; Constitutionality Control; Economic Analysis of Law

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito brasileiro vem experimentando uma evolução institucional que sucessivamente revisa alguns pilares da divisão político-jurídica das funções do Estado. Ao longo dessas décadas, discute-se em que medida o Legislador está vinculado às normas constitucionais e quais os limites de interferência jurisdicional na legitimidade das escolhas valorativas expostas na legislação ordinária¹.

Tradicionalmente, as leis de conteúdo orçamentário eram entendidas como atos administrativos concretos, apenas revestidos de forma de lei.

Excluir a possibilidade de impugnação dos atos normativos que determinam a alocação de recursos públicos e definem quais os programas podem ser atendidos importa séria restrição à supremacia da Constituição Federal, permitindo ao poder político circunstancial o completo arbítrio sobre as políticas públicas e os gastos a serem atendidos naquele período².

1 "E tudo assim caminhou no período entre 1988 e 1993, cristalizando-se a na comunidade jurídica que o papel da Suprema Corte deveria ficar restrito ao controle jurisdicional da constitucionalidade de forma incidental às causas que lhe fossem admitidas, e que o seu controle concentrado ficaria restrito ao papel de legislador negativo(...)": p. 316 e "A partir daí passou-se a aceitar, com certa tranquilidade, o papel legislativo, até mesmo positivo, do Supremo Tribunal Federal, através de leis ordinárias que concediam efeitos vinculantes às decisões não só do mais alto Tribunal como até mesmo dos demais tribunais superiores." 2) Ver também CELSO DE MELLO: 2009. p. 537. "O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, sempre, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo – é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição."

2 "A Lei orçamentária não é uma peça de ficção, mas um verdadeiro instrumento do exercício da cidadania. Nela está refletido o programa de ação governamental que, por sua vez, deve refletir a vontade média da população, o que implica o exercício da inteligência e criatividade para eleger as prioridades da sociedade, tendo em vista as necessidades públicas cada vez mais crescentes, sem que haja crescimento proporcional do PIB." HARADA:2013. p. 125.

Apresenta-se no julgamento da Medida Cautelar em ADIN n. 4.048-1/DF do Supremo Tribunal Federal as balizas jurisprudenciais para – de modo inovador – enfrentar a patente inadequação de dispositivos de Medidas Provisórias e de Leis em sentido estrito que determinem despesas públicas em desacordo com a Constituição Federal. Superou-se um arraigado consenso jurisprudencial, que carregava uma noção de intangibilidade da discricionariedade administrativa, a qual, gradativamente, perde força face às produções que reconhecem graus de vinculação na alocação de recursos pelo Estado.

Aceito o pressuposto dessa nova forma de intervenção jurisdicional, abre-se um fecundo campo de valoração jurídica em que a multidisciplinaridade exerce papel fundamental. Com o auxílio da Análise Econômica do Direito (AED), a discussão acerca da constitucionalidade das leis de natureza orçamentária pode ultrapassar a mera avaliação de seus requisitos formais. Aprofunda-se o exame substancial da alocação de recursos e do desvio que transborde a constitucionalidade.

Por evidente, dever-se-á discutir a própria discricionariedade administrativa na edição das leis orçamentárias e a sua vinculação aos parâmetros constitucionais, pois como descreve Abraham (2016): “o orçamento público não é pautado primordialmente por deliberações de natureza política e discricionária, mas sim por diretivas constitucionais, sendo impositivo na elaboração e na execução”.

Se, por um lado, reconhece-se a margem de apreciação valorativa dos mandatários eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo, por outro, há de se observar que o poder que lhes é conferido para a alocação de recursos públicos assim o é para o estrito cumprimento das finalidades constitucionais. Alocação esta que deve atender a critério de eficiências globais, que podem ser mensurados com o auxílio da AED e podem ser objeto de apreciação judicial sem que isso implique em perda de legitimidade ou mesmo depreciação do interesse público. A exigência de constitucionalidade na edição da norma orçamentária pela intervenção jurisdicional leva à própria eficiência da Administração. Como destacou Costa (2016, p. 362), “as instituições tendem a evoluir juntas: quando uma está em seu ápice, as outras geralmente também estão”.

Registre-se que as leis orçamentárias traduzem efetiva implementação de políticas públicas e a intervenção jurisprudencial exige o alerta dos riscos do anunciado ativismo judicial, sob pena de substituir-se a apreciação subjetiva legítima do Poder Político. Como destaca Luciano Ávila Coelho:

Quando o judiciário brasileiro é acionado com o escopo de examinar o grau de eficiência de determinada política pública já implementada ou para corrigi-la sob o fundamento de falta de efetividade de seus resultados, dificilmente – quase nunca – são utilizados ou enfrentados pelos agentes da judicialização (destacadamente o autor da ação e o órgão julgador), argumentos efetivamente comprometidos com a reconstrução técnica e racional da política pública confrontada (AVILA, 2016, p. 159)

Trata o presente ensaio dessa provocação teórica e desse campo fecundo para a intervenção jurisdicional, em especial no cumprimento da missão institucional do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS – DA POSSIBILIDADE TEÓRICA À INTERVENÇÃO JUDICIAL

Por vários anos, vigorou entendimento no Supremo Tribunal Federal de que Leis em sentido formal e que traduzissem atos administrativos concretos não poderiam ser avaliadas pelo Poder Judiciário em sede de Ação Direta de Constitucionalidade (STF - ADI 203 AGR, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1990). São exemplos: a Lei que cria uma autarquia ou que declara a utilidade pública de um bem para fins de desapropriação.

A justificativa decorreria da função compreendida para esse instrumento de controle político-jurídico, que seria a tutela da ordem constitucional diante de conflito abstrato com o ato normativo. Sem vincular-se, portanto, a relações jurídicas de caráter individual ou concreto. As leis que tenham destinatários já definidos e certos não traduziriam densidade normativa suficiente para o Controle Concentrado de Constitucionalidade, pois seria avaliação típica da jurisdição ordinária, ainda que oriundo de um processo legislativo formalmente adequado.

Ocorre que a tese construída para rejeitar a impugnação de constitucionalidade dos atos administrativos concretos em sede de ADI não poderia igualmente excluir os atos normativos que a própria Constituição Federal exigiu a sua edição pela forma de lei. De outro lado, também não se pode deixar de conhecer a demanda apresentada em hipótese que o legislador legitimamente competente optou por fazê-lo pelo rígido procedimento de criação de lei (MENDES, 2008, p. 1117-1118).

Então majoritária, a posição de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade não poderia servir ao questionamento das citadas leis de efeitos concretos implicava interpretação restritiva dos artigos 102, I, 'a' e 103 da Constituição Federal, os quais expressamente autorizam a ADI contra “lei ou ato normativo”, sem qualquer referência aos parâmetros de generalidade ou abstração exigidos pelo Supremo Tribunal Federal.

E, nesse sentido, as Leis Orçamentárias que determinassem a destinação de recursos públicos a determinado programa não seriam leis em sentido material, mas apenas um comando concreto revestido de processo legislativo. Os atos do Poder Executivo que previssem o dispêndio de quaisquer quantias do erário aos programas ali inscritos estariam afastados do julgamento de constitucionalidade pela natureza de sua norma, embora a Constituição Federal fosse explícita em lhe determinar a forma de lei.

Entretanto, com o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Constitucionalidade n. 4048-1 – DF, em 14/05/2008, por decisão de maioria de seu Pleno e em voto relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal reverteu o entendimento consolidado e passou a admitir que a lei de conteúdo orçamentário fosse objeto de controle de constitucionalidade. Embora a natureza de tal legislação permaneça sob a classificação duvidosa de “lei de efeitos concretos”, a exigência de generalidade e abstração não impedem que a controvérsia seja apreciada sob efeito *erga omnes* pela Corte Constitucional. Transcreve-se a respectiva ementa:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO

DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. 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. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões “guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea “d”, da Constituição. “Guerra”, “comoção interna” e “calamidade pública” são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de consequências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.³

3 ADI 4048 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00055 RTJ VOL-00206-01 PP-00232.

O importante julgado representou um dissenso significativo e ainda resistido no próprio Supremo Tribunal Federal⁴, mas significou um avanço inegável nas possibilidades de efetivar a supremacia da Carta Constitucional sobre as leis de conteúdos concretos, em especial, as leis orçamentárias. Na medida em que ela contém norma específica que autoriza a destinação de recursos e sendo esses especialmente escassos, não há razão hermenêutica que justifique a sua intocabilidade. Tratar-se-ia de legislação absolutamente livre, sem obedecer aos próprios comandos constitucionais que determinam a sua forma e vinculam grande parte de seu conteúdo.

Como já destacado, haverá inúmeras situações em que não se configura um “conflito subjetivo” que permita à jurisdição ordinária conhecer do eventual desvio de finalidade cometido pelos Poderes Executivo e Legislativo na edição de norma orçamentária, mas sem sombra de dúvida poderá haver prejuízo a direito da coletividade.

Inclusive, o fato de tratar-se de Lei Orçamentária de incontestáveis efeitos concretos já não seria impedimento absoluto pela própria jurisprudência do STF, como citado na ADI 2.925-DF, com relatoria do Ministro Marco Aurélio (Julgado em 1/12/2003). Nesta, o tribunal conheceu de ADI contra dispositivos específicos da Lei Orçamentária Anual n. 10.640/2003, reconhecendo-lhes abstração e generalidade suficientes.

Mas o avanço teórico do *leading case* MC-ADI n. 4.048-DF se dá pelo que afirmou o conhecimento da ADI independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. A controvérsia constitucional é que fora suscitada em abstrato e a sua relevância impôs o julgamento pela mais alta Corte do país.

Em decisão da maioria do Pleno, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a MP n. 405/2007 foi editada sem a presença dos requisitos de imprevisibilidade e de urgência característicos da abertura do crédito extraordinário. Afirmou que o conteúdo semântico desses conceitos indeterminados é vinculado aos valores expressos pela descrição de “guerra”, “comoção interna” ou “calamidade”, descritos no artigo 167, §3º, da CF/88, o que restringe a discricionariedade do Presidente da República ao utilizar-se do instrumento. Seriam situações de extrema gravidade ou de consequências imprevisíveis para a ordem pública e social, que não estariam configuradas nas despesas correntes determinadas pela citada Medida Provisória.

Não se negou a relevância ou até a urgência de algumas das despesas descritas na MP n. 405, porém mesmo essas seriam situações previsíveis, de acordo com os deveres da Administração Pública. Criticou-se a prática então recorrente de se utilizar de Medidas Provisórias para abertura de créditos extraordinários quando, em verdade, tratavam-se de

4 Pode-se notar que a jurisdição constitucional ainda é bastante cautelosa a admitir a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra leis de efeitos concretos e a repetição das exigências de abstração e generalidade, como demonstra julgamento recente: “(...)O controle concentrado de constitucionalidade somente pode incidir sobre atos do Poder Público revestidos de suficiente densidade normativa. A noção de ato normativo, para efeito de fiscalização abstrata, pressupõe, além da autonomia jurídica da deliberação estatal, a constatação de seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade. Esses elementos – abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade – qualificam-se como requisitos essenciais que conferem, ao ato estatal, a necessária aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos estatais ou determinante de condutas individuais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Precedentes. (...)” (ADI 2630 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

créditos suplementares ou especiais, como forma conveniente de se impor alteração na Lei Orçamentária.

De inegável relevância, o citado *leading case* representou um avanço de inúmeras possibilidades em prol da tutela coletiva da higidez orçamentária e também do respeito às prioridades constitucionais nas previsões de dotação de recursos e de implementação de políticas públicas, sendo replicado em julgamentos posteriores da mesma corte.⁵

Valiosa é a contribuição de Luciano Ávila em produção acadêmica sobre as repercussões da alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ÁVILA, 2010, p 69-80):

Em tal contexto, começa a se delinear um novo e extraordinário campo de atuação para o Ministério Público brasileiro que, por intermédio dos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, nos Estados e no DF, e do Procurador-Geral da República, no âmbito federal – como legitimados ativos para a instauração do controle abstrato de constitucionalidade nos respectivos âmbitos de atuação -, poderá passar a exercer um controle mais efetivo sobre a *própria constitucionalidade dos orçamentos públicos e das dotações orçamentárias governamentais*, não apenas do ponto de vista formal (vícios procedimentais de aprovação da espécie normativa), mas também sob a ótica material, notadamente em situações nas quais restar evidenciado flagrante arbitrariedade ou desvio de finalidade praticados por agente de poder ordenador de despesas estatais, com má utilização do dinheiro público ou sua aplicação indevida em setores que não constituam, à toda evidência, propósitos prioritários da Constituição.

Referido entendimento se apresenta ainda mais coerente se cotejado com a moderna dogmática concretista da Constituição, a propor um controle jurisdicional mais incisivo sobre a antes incontrastável discricionariedade administrativa para a definição dos orçamentos públicos, a exemplo do que bem sustentado por Dirley da Cunha Júnior em doutrina, em análise crítica da equivocada utilização que se tem feito da teoria da reserva do possível no Brasil como fator de limitação da efetividade dos direitos sociais (...).

Confirmando esse entendimento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento na ADI n. 5468/DF, em 30/06/2016, na relatoria do Ministro Luís Fux e destacado no Informativo n. 832, aceitando o “controle material das espécies legislativas orçamentárias, o que corresponderia a uma tendência recente na jurisprudência da Corte”, em especial após o citado julgamento da ADI 4.048 MC/DF, DJe de 22.8.2008. No caso, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA questionava a

5 “Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 100 da Lei nº 11.514, de 14 de agosto de 2007. 3. Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional, na estimativa das receitas do Projeto de Lei Orçamentária de 2008 e da respectiva lei. 4. Preliminar de não-cabimento rejeitada: 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 de diretrizes orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes.” (grifo nosso – STF Pleno, ADIn nº 3.949 MC/DF, DJe de 07.08.09 Rel. Min. GILMAR MENDES). Ver também ARE nº 659.868 AgR/RJ, DJe de 22.04.13. STF 2ª Turma. Rel. Min. GILMAR MENDES.

constitucionalidade da Lei Orçamentária Anual de 2016 (Lei n. 13.255/16), na parte em que decotou parcialmente a proposta orçamentária da Justiça do Trabalho para o exercício financeiro em questão.

Do que se infirma desse julgamento recente, é a superação do obstáculo abstrato ao Controle de Constitucionalidade das normas anuais do orçamento público. Afirmou-se categoricamente a possibilidade teórica dessa intervenção jurisdicional, mas aprofundou-se o debate para as hipóteses efetivas em que esta avaliação de adequação constitucional não ultrapassa a ingerência sobre o Poder Executivo na consolidação do orçamento e sobre o Poder Legislativo no arbitramento dessas leis.

Evidencia-se, ainda, que a tese da Suprema Corte é acolhida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

No julgamento do processo n. 2014.00.2.002567-3⁶, em 15.07.2014, o Conselho Especial desse Tribunal conheceu de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra dispositivo da Lei Orçamentária Anual de 2014 (Lei Distrital n. 5.289/13), que havia sido inserido por emenda parlamentar. O voto vencedor foi do Desembargador Jair Soares e, apesar de julgar improcedente a pretensão anulatória, confirmou a legitimidade do controle de constitucionalidade de normas de natureza orçamentária.

A título exemplificativo, destaca-se também o entendimento atual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁷ e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁸, como referências do impacto na mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apontando para um posicionamento nacional majoritário acerca do cabimento abstrato deste controle de constitucionalidade.

6 "Ação direta de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade formal. Emenda parlamentar. Inconstitucionalidade material. Ingerência do Poder Legislativo na execução orçamentária. 1 - A inconstitucionalidade formal ocorre quando, no processo legislativo, há afronta direta às normas da Lei Orgânica do Distrito Federal. 2 - Emenda parlamentar que condiciona a execução orçamentária à prévia comunicação à órgão do próprio Poder Executivo não invade competência privativa do Chefe do Poder Executivo. 3 - A limitação ao poder de emenda de iniciativa parlamentar, prevista no art. 63, I da CF, veda aumento da despesa nos projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, além de exigir que guardem relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa. 4 - Ação julgada improcedente. (TJDFT, Órgão Especial, Acórdão n.807047, 20140020025673ADI, Relator: JAIR SOARES CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 15/07/2014, Publicado no DJE: 31/07/2014. Pág.: 83)

7 a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70042528901, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 27/05/2013; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70060354594, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 24/11/2014;

8 "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4.639/12 DO MUNICÍPIO DE ITAÚNA. MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. TÉRMINO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO. PERDA DO OBJETO. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem admitido a submissão das normas orçamentárias ao controle concentrado de constitucionalidade, nas hipóteses em que se verifica a existência de controvérsia constitucional suscitada em abstrato. 2. Com o término do exercício financeiro anual, a lei orçamentária - que possui natureza transitória -, perde sua vigência, em razão do esgotamento dos seus efeitos, o que leva à perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade manejada em face de norma nela contida. (TJMG-Ação Direta Inconst. 1.0000.12.080095-8/000, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 09/10/2013, publicação da súmula em 23/10/2013) Ver também: a) TJMG-Ação Direta Inconst. 1.0000.15.100349-8/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Wander Marotta, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 22/06/2016, publicação da súmula em 12/08/2016; b) TJMG-Ação Direta Inconst. 1.0000.15.018005-7/000, Relator(a): Des.(a) Versiani Penna, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 09/03/2016, publicação da súmula em 18/03/2016.

E diz-se abstrato, não pela natureza do controle em si, que pode ser suscitado pela via difusa ou pela ação direta. Mas sim pela superação de um obstáculo teórico ao próprio conhecimento da impugnação.

Sob o manto de intocabilidade do controle constitucional, a legislação orçamentária resultava em campo livre de apreciação política e de disposições, por vezes, contrastante com o texto maior. A intervenção jurisdicional seria impedida por um pressuposto argumentativo que classificava a lei de natureza orçamentária como de feições concretas e sem a necessária generalidade, o que impede um campo fecundo de fiscalização da atividade pública.

Decerto, a própria exigência de que o orçamento público seja determinado por lei em sentido estrito (arts. 165 e seguintes da Constituição Federal) é indicativo de que o controle de constitucionalidade não pode ser afastado pela justificativa genérica. Com mais razão, aliás, seus requisitos estruturais devem ser observados e a adequação constitucional pode ser critério de invalidade na intervenção jurisdicional.

Deve-se questionar se trata de decisão livre e subjetiva do administrador, à semelhança do que a doutrina clássica publicista entende por discricionariedade, ou se a decisão orçamentária também possui vinculação constitucional que possa ser valorada pelo Poder Judiciário.

Não havendo mais embargo teórico ao conhecimento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre lei em sentido estrito que traduza um ato administrativo concreto (como o são vários dispositivos de leis orçamentárias), cabe indagar em que medida a Administração Pública possui margem livre de valoração e de escolha para a concreção das políticas públicas definidas na Constituição. Discute-se, assim, quais os limites da própria discricionariedade do administrador na formulação e na edição de tal legislação.

Deve-se rejeitar tanto a ideia de que a efetivação de determinada política pública pela alocação de recursos seja de vinculação plena, quanto de discricionariedade absoluta, pois isso se dá em medida de grau e não de exclusão. Como esclarece Juarez Freitas (1999, p. 235), “Não há, na ótica adotada, lugar para a noção de ‘discricionariedade zero’, assim como não há vinculação total em dois erros simétricos, pois são extremos que jamais se tocam.”. Não se transfere nunca uma simples opção volitiva aos Poderes Executivo e Legislativo, para que exerçam um querer livre, mas sim a discricção, como meio de execução do interesse comum.

O que se propõe inicialmente é o cotejo de constitucionalidade de dispositivo de Lei Orçamentária que expresse opção da Administração Pública em flagrante desacordo com as referências constitucionais, ainda que para finalidade de interesse público, como destaca Ana Paula Ávila (2013 p. 30):

[...] Além de verificar se o orçamento destinou o percentual mínimo (receitas vinculadas) que a Constituição estabeleceu para ao entendimento dos serviços mais essenciais, deve também o Judiciário avaliar distorções que impliquem a destinação de verbas de grande vulto para finalidades não essenciais, como é o caso de gastos governamentais com publicidade, shows artísticos, obras desnecessárias ou excessivamente ostensivas, ou grandes empréstimos financeiros a empresas privadas, apenas para exemplificar. Trata-se de medidas corretivas da ação (equivocada pelos parâmetros constitucionais) dos poderes Executivo e Legislativo, e não das discutíveis medidas impositivas, em face da omissão daqueles Poderes.

Há a violação do que denomina Juarez Freitas ser o “princípio da Eficiência e da Otimização da Ação Estatal” (consagrado ao caput do artigo 37, da Constituição Federal). Esse é o Norte pelo qual a autoridade administrativa está obrigada “a trabalhar tendo como parâmetro a busca da melhor atuação (fundamentável como tal)” (FREITAS: 1999. p. 73). Assim, restaria que, “A violação manifesta do princípio dá-se quando se constata vício de escolha dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos.” (FREITAS: 1999. p. 74). A escolha discricionária só se funda e se mantém legítima, quando em estrito atendimento de seus objetivos normativos.

Resulta o desafio para o Controle de Constitucionalidade em examinar a correção do dispositivo orçamentário, sem se olvidar de que não é dado ao Tribunal o exato subjetivismo conferido ao legislador, mas apenas a remoção da solução eivada de distorção quanto à finalidade, sem propriamente adentrar no campo de liberdade remanescente, ou seja, no mérito.

E é justamente na perspectiva de adequação constitucional da legislação orçamentária – na hipótese de desvio de poder que evidentemente se demonstre contrário à norma hierarquicamente superior – é que se presta o marco teórico interdisciplinar a seguir exposto.

3. EFICIÊNCIA E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

De acordo com a disciplina da Análise Econômica do Direito (AED), os agentes econômicos são racionais e realizam seus atos visando maximizar os próprios benefícios, com uma diminuição de seus prejuízos específicos (DOOMEN, 2011, p. 234)⁹. E, nessa perspectiva, em um cenário em que as escolhas de tais agentes sejam livres e inexistam custos de transação, sempre será alcançada a eficiência integral da distribuição de propriedade. O desafio das normas jurídicas seria, portanto, reduzir as externalidades negativas que influenciam as negociações entre particulares, para – conseqüentemente – atingir o bem-estar geral.

Adotando-se o conceito do “Teorema de Coase” (TABAK, 2015), o critério de eficiência passa a ser parâmetro de avaliação da adequação e da correção das medidas jurídicas, das proposições legislativas e das políticas públicas a serem implementadas. Ultrapassa-se a visão puramente normativa acerca da garantia de direitos prestacionais ou da subsunção do texto à realidade, para uma noção substancial do Direito.

Um referencial teórico relevante à AED é, então, é a “eficiência de Kaldor-Hicks”, pela qual se avalia que determinada proposta legislativa de política pública é positiva quando o resultado geral do benefício social alcançado supera os custos específicos de introdução. Em suma, as perdas experimentadas por alguns agentes podem ser toleradas se houve desenvolvimento social suficiente para tornar a deliberação eficiente. O ponto de equilíbrio é alcançado pela maximização do bem-estar social, sem prejuízo integral de um interesse protegido.

9 É relevante destacar que o conceito de comportamento racional não atende a um significado unânime, mas é assumido pelo critério de utilidade ou de lucro, em termos de maximização de resultados. Como destaca Doomen: “it is necessary to consider that the notion ‘rationality’ has various meanings. As Posner (1987:1) rightly remarks, the word ‘rational’ lacks a clear definition. This is also promulgated by some who are critical of the Law and Economics approach (Jolls et al., 1998:1488). This means that it has to be made clear how Law and Economics deals with ‘rationality’. Becker (1976:153) clings to the following position: “[...] Rational behavior simply implies consistent maximization of a well-ordered function, such as a utility or profit function.” A similar stance is taken by Shavell (1987:2), albeit without, at this point, explicating the rationality premise.”

Diversas são as metodologias empregadas para se avaliar os benefícios e os custos de uma política pública ou um projeto de ato normativo. Uma de grande repercussão é a Valoração Contingencial, que utiliza pesquisas de opinião e de impacto, cujos modelos têm de sopesar vieses cognitivos como a aversão a perdas (o prejuízo é sentido de forma desproporcional ao ganho do mesmo montante).

Relevante, ainda, é o conceito de “taxas de desconto”, que representam uma recompensa pelo adiamento de um consumo imediato, permitindo maior benefício futuro. É a taxa de poupança de uma sociedade, que também mede o seu grau de impaciência e deve ser considerada na formulação das políticas públicas. Uma sociedade que se permite investir no futuro, mesmo com sacrifício presente é uma sociedade madura para políticas de longo prazo e maior retorno.

Por essa perspectiva, as políticas públicas devem ser pensadas para minimizar os vieses cognitivos, ou seja, obter o comportamento eficiente e racional das pessoas, para atingir o interesse público da norma (CAIADO, 2011)¹⁰.

Diante da abordagem multidisciplinar proposta, é de igual importância a contribuição da psicologia comportamental aplicada ao Direito, em específico, para explicar os vieses de julgamento que podem alterar a decisão racional dos agentes econômicos e, em resultado, o grau de eficiência atingido. Há certos elementos psicológicos da mente humana que podem levar a decisões ineficientes, e quanto mais dados forem sopesados na elaboração de um ato normativo, maior será o sucesso da política pública a ser implementada.

Por essa razão, Tabak (2015) defende o emprego de experimentos de campo (ERC) para testar as políticas públicas e as proposições legislativas em estudo, aprender com os seus resultados práticos e adaptá-los para o êxito social.

A complexidade do processo legislativo impõe que a sua criação transcorra em tempo apropriado à discussão e à análise de seus variados custos e benefícios. A deliberação apresada não resulta em qualidade normativa e, por vezes, oculta interesse escuso na aplicação da política pública (MENEQUIN, 2017. p. 25)¹¹. A iniciativa legislativa pelas Medidas Provisórias é criticada exatamente por impedir a completa avaliação de custo e benefício, devendo ser restritas apenas às hipóteses constitucionais de necessidade e de urgência.

Pode-se estender a ressalva à abertura democrática do processo de elaboração de leis e de políticas públicas. É um cenário em que se deve avaliar o “custo da informação” como fator determinante para participação da população no processo decisório político ou jurídico. E a participação é o item mais confiável de comparação institucional.

Novamente se socorrendo do Teorema de Coase, pode-se dizer que a ausência de custos de informação nesse processo, as alocações de recursos orçamentários pelo Governo serão igualmente eficientes, pois as partes interessadas irão se envolver no processo deliberativo, atingindo o ponto ótimo de negociação.

No Brasil, porém, a participação democrática tende a ser imperfeita, pela dominação de uma minoria concentrada. Constata-se, aqui, que os grupos de interesse pequenos

10 Deve-se cuidar para que a Política Pública que vise reduzir um viés cognitivo acabe por criar um desvio de comportamento por si só (pode influenciar quem já agia racionalmente e findar estimulando a conduta inversa, por exemplo, a norma que pretenda minimizar a aversão à perdas do investidor e acabe por incentivar o comportamento arriscado).

11 “Deixar de aprovar determinada norma ou política pública porque há uma ineficiência inicial, desconsiderando os benefícios futuros, é entravar a realização do interesse público na maior extensão possível. No entanto, há situação ainda pior, como o caso de decisões que são tomadas para gerar bem-estar momentâneo e que acarretam enormes prejuízos para as gerações futuras. Tais decisões são fruto usualmente da incapacidade do governo de dizer não a grupos de interesses ou da necessidade de obter rápido retorno eleitoral.”

e concentrados possuem substancialmente maior influência política do que grupos muito numerosos, mas com apostas per capita menores.

Da mesma forma, se entendermos o controle de constitucionalidade concentrado no ordenamento jurídico brasileiro como um processo de deliberação democrática, é inequívoco que o custo da participação popular nesse processo é muito alto. Predominantemente, são custos de informação e de litigância (o que implica em várias questões não serem levadas para o Judiciário).

Todavia, em questões que afetem minorias ou cuja oposição é mais bem organizada, o controle de constitucionalidade possui vantagens institucionais.

Nota-se que a Análise Econômica do Direito empresta conceitos que dão conteúdo à avaliação material de constitucionalidade da legislação orçamentária e permitem, inclusive, avaliar a otimização da gestão pública. Decerto, o critério de valoração não pretende substituir a discussão política legítima (palco da participação democrática e do equilíbrio das decisões racionais), mas constitui instrumento para conter desvios flagrantes de poder.

Não se deve reduzir o exame jurisdicional de constitucionalidade das leis de natureza orçamentária à simples perspectiva normativa da dogmática jurídica, valendo-se de conceitos abertos como a Proporcionalidade ou a Razoabilidade (MENDES: 2008, p. 98).¹² A própria complexidade do processo de planejamento, elaboração e consolidação do Orçamento Público envolve conceitos externos à tradição estritamente jurídica e traduzem mandamentos para a consecução dos objetivos estatais. O critério de eficiência da atividade administrativa é indispensável para o reconhecimento de sua adequação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar em ADI n. 4.048/DF, progressivamente diversos tribunais brasileiros passaram a admitir o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, independente de discussão acerca do caráter concreto de suas normas. Por expressa dicção do artigo 165 da CF/88, o Orçamento Público deve ser proposto, consolidado e arbitrado por meio de processo legislativo em sentido estrito. Isso se dá especialmente em razão da necessária transparência da arrecadação tributária e da destinação de recursos públicos aos programas de governo escolhidos para o exercício financeiro.

No contexto atual, não se justifica afastar o conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade desse amplo espectro legislativo por argumento da suposta ausência de generalidade e de abstração de seus comandos. As leis de conteúdo orçamentário representam garantia de controle democrático da atividade administrativa de todos os poderes da República e são diplomas normativos dos mais importantes do Estado, pelos quais se implementam todas as políticas públicas.

Deve-se registrar que, no entendimento defendido, inexistente margem de livre destinação das verbas públicas como se escolha subjetiva ou pessoal o fosse. Há um dever de melhor

12 "Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus *topoi* e se todos os que dela se utilizam o fazem na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês?

decisão acerca da alocação de recursos públicos, que representam a efetivação de direitos fundamentais já estabelecidos na própria Constituição Federal.

E nesse sentido, apresentou-se a Análise Econômica de Direito (AED) como abordagem multidisciplinar que fornece instrumentos teóricos para a avaliação de eficiência e de adequação constitucional da legislação confrontada. Por excelência, as leis orçamentárias detêm a complexidade de um planejamento global da Administração Pública, que se presume consentâneo e alinhado com os objetivos definidos na constituição.

Nessa dinâmica, a participação integral dos setores sociais afetados se torna elemento indispensável para que a legislação orçamentária represente o equilíbrio ótimo entre os interesses legítimos envolvidos, em produto final de negociação racional entre os agentes econômicos. O controle de constitucionalidade representa via alternativa para a abertura democrática e de salvaguarda de interesses coletivos alijados do processo político.

Por fim, merece destaque a cautela que a intervenção jurisdicional impõe diante da atividade legítima de deliberação dos representantes eleitos, em suas respectivas competências constitucionais. O risco do ativismo judicial exige a revisão atenta da própria atuação do órgão jurisdicional, sem que isso represente intocabilidade do ato administrativo eivado de desvio de poder.

5. Referências

- ABRAHAM, Marcus. Efetividade e Vinculação das Leis Orçamentárias e a ADI 4.663. In., Torres, Heleno Taveira; Gomes, Marcus Lívio; Abraham, Marcus (coords.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WIERZCHOWSKI, Mariana Ruschel. “Fair play” judicial na efetivação dos direitos sociais: da crítica ao ativismo judicial concretista à defesa do controle material das leis orçamentárias pelo Poder Judiciário. **Direitos fundamentais e justiça**, v. 7, n. 23, p. 192-225, abr./jun. 2013.
- ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas Públicas de Prestação Social**: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.
- CAIADO, José G. M. ‘Debiasing Through Law’: Review of the Paper by Christine Joll and Cass R. Sunstein”. **Economic Analysis of Law Review**: EALR, v. 2, nº 2, p. 429-432, Jul./Dez., 2011.
- CELSE DE MELLO, José. O Supremo Tribunal Federal e a defesa das liberdades públicas sob a Constituição de 1988: alguns tópicos relevantes. In. MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.
- COSTA, Rafael de Oliveira. Judicial Review of Constitutionality in Brazil: A Comparative Institutional Analysis. **Economic Analysis of Law Review**: EALR, v. 7, nº 2, p. 362-386, Jul./Dez., 2016.
- DOOMEN, Jasper. Rationality in Law and Economics. **Economic Analysis of Law Review**: EALR, v. 2, nº 2, p. 230-243, Jul./Dez., 2011.
- FREITAS, Juez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- HARADA, Kiyoshi. Leis orçamentárias. **Revista Tributária e de finanças públicas**. A. 21, v. 112, p. 123-138, set./out., 2013.
- KUBOTA, Flávio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional**: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade. Curitiba: Juruá, 2015.
- MELO, Marconi Antas Falcone de. **O Ministério Público no controle de constitucionalidade**: revoluções institucionais necessárias. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENEGUIN, Fernando Boarato; BUGARIN, Tomás T. S. O Dilema entre a eficiência de curto e de longo prazo no ordenamento jurídico e o impacto no crescimento econômico. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 9-29, mar./abr. 2017.
- SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 595-596.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Breve História do Controle de Constitucionalidade. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. São Paulo: Saraiva, 2009:
- TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/507401>.

Leila Maria Bijos

leilabijos@gmail.com

Pós-doutora pelo Departamento de Criminologia e Sociologia, Saint Mary's University, Canada. Doutora em Sociologia do Desenvolvimento, CEPPAC/UnB, Mestre em Relações Internacionais (Cooperação Técnica Internacional), UnB, Especialista em Ciência Política, ICAT/AEUDF, Bacharel em Letras (Inglês-Português), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Cursos de Especialização em Direitos Humanos no IIDH, San José/Costa Rica, UN Genebra/Suíça, IIDH, Strasbourg/França. Doutoranda em Direito, UniCEUB (2013/2014). Professora adjunta do Mestrado em Direito Econômico Internacional da Universidade Católica de Brasília. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Laboratório de Política Internacional, e da Linha de Pesquisa em Direitos Humanos. É membro da Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade. Autora de livros, capítulos de livros, e mais de cinquenta estudos e ensaios sobre política internacional, políticas públicas e sociais, direitos humanos, e migração. Acadêmica convidada pelo Governo Britânico para analisar o sistema político e econômico das Ilhas Falkland, 2014. É pesquisadora visitante da Universidade de Hyderabad, Índia; do Programa de Doutorado em Economia Internacional da Universidade de Tsukuba, e professora visitante da University of Califórnia, San Diego (UCSD). Bolsista do Programa Fulbright na Universidade da Califórnia em San Diego, 2004/2005. Participou de vários cursos de Política Internacional nos EUA, Suíça, Taiwan,

Israel, dentre outros. Na área de Direito Internacional Humanitário, tem participado das conferências realizadas pelo Institut Internationaldes Droits de l'Homme, Strasbourg, France, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Human Rights Centre em Genebra. Fluente em inglês, francês, espanhol.

Benjamin Tabak

benjamin.tabak@gmail.com

Professor do programa de pós-graduação em Direito e Economia da Universidade Católica de Brasília. Economista, mestre e doutor em Economia. Consultor Legislativo do Senado Federal.

César Augusto Nardelli Costa

cesar.nardelli@gmail.com

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.