ANDRE ZECH SYLVESTRE

Despesa pública: legalidade e discricionariedade

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Estevão Horvath

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

ANDRE ZECH SYLVESTRE

Despesa pública: legalidade e discricionariedade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico Financeiro, sob a orientação do Professor Dr. Estevão Horvath.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Sylvestre, Andre Zech

Despesa pública: legalidade e discricionariedade/ Andre Zech Sylvestre ; orientador
Estevão Horvath -- São Paulo, 2017.

175 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico
Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Direito Financeiro 2. Despesa Pública 3. Orçamento 4. Execução Orçamentária
5. Legalidade 6. Discricionariedade I. Hovarth, Estevão, orientador. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de iniciar agradecendo à vida: pela família, filha, amigos, oportunidades, conhecimentos e realizações...

Em especial à minha amada esposa Fabiana e à minha filha Júlia, obrigado pela paciência durante este tempo. Saibam que vocês foram e sempre serão a maior razão de tudo!

Ao meu Pai, pelo apoio, amizade e por nunca ter deixado de acreditar, incentivar, mover montanhas para que pudéssemos ir longe. E olha só.

À Lisianne, mãe que a vida nos deu, sempre amiga, conselheira e ajudando a todos. Obrigado. Tenho certeza que minha mãe, cuja saudade é indescritível, onde quer que esteja, está com um sorriso no rosto de saber que você está em nossa família!

Aos meus irmãos, Fábio, Gustavo, Manuella e Luiza. Com vocês tudo é mais fácil.

Aos demais familiares, agradeço pela força, incentivo e torcida, sei que mesmo longe, sempre estão vibrando com nossas conquistas.

Às amigas Rô e Bia, pessoas maravilhosas que São Paulo me presenteou com a amizade. Obrigado pela força nos períodos difíceis.

Ao amigo e orientador, Professor Estevão Horvath, pelo incentivo, dedicação e confiança.

Aos amigos Ricardo Fukuara, Wolker Bicalho, Eduardo Meneleu, Andre Azevedo e Rafael Gripp, que agora conseguimos tomar um Chopp!

Agradeço à Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Carreira, que não só me acolheu por 05 anos, mas despertou a vontade pela vida acadêmica!

Por fim, agradeço ao Ministério Público do Estado do Ceará, muito me orgulha fazer parte desta belíssima Instituição, cuja camisa nunca deixarei de vestir!

RESUMO

SYLVESTRE, Andre Zech. **Despesa pública**: legalidade e discricionariedade. 2017. 175 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Diante das inúmeras atividades que passou a assumir, sobretudo em decorrência do surgimento da função promocional do Direito, o Estado, por outro lado, passou a gastar mais. Longe de se tratar, como poderia parecer a primeira vista, de uma simples conta matemática, esta situação exige, sobretudo, qualidade. Isso implica em planejamento que, por sua vez, tem no Sistema Orçamentário o maior instrumento para consecução do “plano” (fruto do planejamento). Bem compreendido o cenário e resta evidente a ligação funcional desempenhada pelo gasto, que existe para concretizar o orçamento que, a sua vez, é instrumento para a consecução dos objetivos constantes do “plano”, e, todos, por fim, concretizam a Constituição. O Sistema existe. Na prática, contudo, o que se vê é uma absoluta quebra de racionalidade diante do entendimento acerca da “autorizatividade” do orçamento que, na prática, significa conferir ao Poder Executivo o “poder não executivo”. O resultado: desperdício de recursos, dotações ociosas. Orçamento é lei, está na Constituição Federal. Autorizativo é o que querem que seja. Impositivo não é o oposto – diga-se. Esta inadequada dicotomia retira a questão dos seus corretos termos: o orçamento confere ao Poder Executivo um “conjunto de poderes” voltados à sua consecução. Um poder-dever funcionalizado. O orçamento dá vida àquele “conjunto de poderes”, ao mesmo tempo em que serve de instrumento de ação do Plano Plurianual. O “poder não executivo” vem sendo exercido, nitidamente, à revelia da Constituição, seja de maneira omissiva, quando imotivadamente se queda inerte à programação, seja de forma comissiva, com os famigerados contingenciamentos de empenho (art. 9º, LRF) como – indevido – instrumento de política fiscal. É sobre esta gama de situações que se destina o presente estudo.

Palavras-chave: Direito Financeiro. Despesa Pública. Orçamento. Execução Orçamentária. Legalidade. Discricionariedade.

ABSTRACT

SYLVESTRE, Andre Zech. **Public expenditure**: legality and descretion. 2017. 175 f. Master Degree – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

In view of the numerous activities that its began to assume, especially as a result of the function to promote the Law, the State, on the other hand, began to spend more. Far from dealing with a simple mathematical account, as it would seem at first sight, this situation requires, above all, quality. This implies in planning that, in turn, has in the budget system the greatest instrument for achieving the plan (the result of planning). The scenario is well understood, there is a clear functional link promoted by expenditure, which exists in order to achieve a budget which, in turn, is an instrument for attaining the objectives set out in the "plan", and, finally, in the end all of them formalize the constitution. The System exists. In practice, however, what is seen is an absolute break of rationality in the face of an understanding of the "authorizactivity" of the budget, which in practice means giving to the executive power the "non-executive power". The result: waste of resources, idle appropriations. Budget is law, it is in the federal constitution. Authorizactivity is what they want it to be. Impositive it is not the opposite. This inadequate dichotomy removes the question of its correct terms: the budget gives to the Executive Power a "set of powers" aimed at its attainment. A power-duty functionalized. The budget gives life to this "set of powers", at the same time as it serves as an instrument of action of the Multiannual Plan. The "non-executive power" has been clearly exercised in default of the constitution, or in a commissive way, with the infamous contingencies of commitment (article 9, LRF) as - improper - fiscal policy instrument. It is on this range of situations that the present study is intended.

Keywords: Financial Law. Public Expenditure. Budget. Budget Execution. Legality. Discretion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	----------

CAPÍTULO 1 – A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO E SUA EVOLUÇÃO	14
---	-----------

1.1. O Direito Financeiro e a atividade financeira do Estado	14
1.1.1. A questão das necessidades públicas	18
1.2.1. O processo de transformação do Estado: da concepção Patrimonial à Fiscal	21
1.2.2. A simbiose entre despesa pública e a modernização da atividade financeira do Estado.....	28

CAPÍTULO 2 – DESPESA PÚBLICA: NOÇÕES FUNDAMENTAIS	35
--	-----------

2.1. O tardio desenvolvimento científico da despesa pública	36
2.2. Da insuficiência dos tradicionais conceitos doutrinários para a compreensão do fenômeno da despesa pública	39
2.3. A despesa pública à luz da concepção estrutural: uma breve análise das teorias estrangeiras que buscaram conceituar juridicamente a despesa pública	46
2.4. Da função política à administrativa: o fenômeno do gasto público	52
2.4.1. A escolha das necessidades públicas: uma decisão política	54
2.4.2. O poder-dever de gastar (função financeira da despesa pública): o exercício da função administrativa	59
2.4.3. O procedimento administrativo que materializa a função financeira do gasto público: as denominadas “fases da despesa pública” (Lei n. 4.320/64).....	62
2.5. O gasto público sob os diferentes prismas do princípio da legalidade: administrativa, orçamentária e procedimental	66

2.6. Algumas classificações úteis para o nosso estudo	70
2.6.1. Origem: despesas orçamentárias x despesas extra-orçamentárias	70
2.6.2. Categoria econômica: despesas correntes x despesas de capital.....	71
2.6.3. Cobertura Orçamentária: despesas “orçamentadas” x despesas “desorçamentadas”	71
2.6.4. Periodicidade ou regularidade: despesas ordinárias x despesas extraordinárias	72
2.6.5. Obrigatoriedade da execução (obrigatórias x discricionárias)	73
2.7. A autonomização do gasto público e o risco à cobertura orçamentária.....	73

CAPÍTULO 3 – O SISTEMA DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO GOVERNAMENTAL..... 76

3.1. Planejamento governamental e orçamento público	77
3.2. Orçamento público: conteúdo e função	82
3.3. A noção de orçamento-programa e as leis orçamentárias previstas na constituição federal de 1988	84
3.4. Breves linhas acerca da técnica de programação utilizada na elaboração da lei orçamentária anual.....	92
3.5. A natureza jurídica do orçamento: uma discussão realmente jurídica?	98
3.6. A cultura do orçamento autorizativo na prática: pode-se falar, de fato, em planejamento governamental no Brasil?.....	100

CAPÍTULO 4 – O GESTOR E A DESPESA PÚBLICA: FACULDADE DE GASTAR OU OBRIGATORIEDADE DE AGIR..... 110

4.1. O (re)dimensionamento da discricionariedade administrativa à luz da hodierna concepção do princípio da legalidade (juridicidade)	111
4.1.1. O Princípio da legalidade (juridicidade)	112
4.1.2. O gasto público no contexto da “administração de prestação”: a cavalo dado não se olha o dente?	117
4.1.2.1. Contextualizando a questão: o gasto público no Brasil.....	121

4.1.3. Discricionariedade administrativa: uma necessária vinculação à realização da finalidade constante da norma criadora da legalidade	124
4.2. O princípio da legalidade orçamentária sob a ótica da especificação: qualitativa, quantitativa e temporal.....	129
4.3. Início da execução orçamentária: mecanismos de programação financeira e gestão fiscal à luz do princípio da ação fiscal planejada.....	132
4.4. Margem de liberdade da Administração Pública quando do exercício da função financeira da despesa pública.....	136
4.4.1. (In)suficiência de recursos	138
4.4.1.1. Disponibilidade Financeira	138
4.4.1.2. Disponibilidade Orçamentária	141
4.4.2. Despesas obrigatórias	142
4.4.3. Tempo ou período.....	145
4.4.4. Delimitação dos próprios créditos orçamentários	147
4.5. O princípio da proporcionalidade e a despesa pública	148
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS	166
APÊNDICE I - TABELA CONTENDO A SÍNTESE DAS DISFUNÇÕES VERIFICADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO SISTEMA DE PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DA UNIÃO ...	172

INTRODUÇÃO

Entender a Lei Orçamentária como simples autorização para gastos pelo gestor, delimitando sua área de atuação, de modo que possa aquele decidir, livremente, sobre gastar ou não determinada previsão orçamentária, acaba por infirmar, segundo nos parece, a finalidade e normatividade presentes no Orçamento, decorrentes da previsão constitucional.

Sua inserção em um verdadeiro Sistema Orçamentário que serve de instrumento para consecução do plano governamental coloca a discussão em seus exatos termos. É, pois, a LOA, a ponta de racionalidade de todo um sistema de planejamento coeso e harmônico

A necessidade de planejar, gastar de maneira racional, pensando em longo prazo, é uma exigência dos estados modernos. Planejar significa economizar. Se naquela modelo abstencionista de estado, típico do liberalismo, esta atividade não era lembrada, nos dias atuais, com a galopante função promocional do Direito, o planejamento virou mesmo uma questão de sobrevivência.

O gasto público, neste contexto, encontra-se absolutamente funcionalizado. Surge da lei orçamentária (na forma de crédito orçamentário) com a finalidade de executar a própria lei. Disso não destoa a própria discricionariedade administrativa outorgada ao Poder Executivo – embora não exclusivamente – para executar o orçamento.

O orçamento é lei e deve ser cumprido. O Ordenamento Jurídico já confere ao gestor flexibilidade orçamentária suficiente para superar eventuais novidades na dinâmica atividade que é executar o orçamento.

Não se quer, com isso, tolher do administrador público o juízo de oportunidade e conveniência que lhe é inerente na condução da coisa pública, mas, dotar de objetividade as decisões por ele tomada quando da efetivação de gastos públicos.

Não se pode conceber, isto sim, que toda a racionalidade da atividade de planejamento deixe de existir quando da execução orçamentária.

Ao deixar de realizar gastos, fazê-lo a menor, ou mesmo, em termos diversos daquele inicialmente previsto (em decorrência de créditos adicionais) na Lei Orçamentária, deve o gestor, segundo entendemos, estar amparado em justificativas plausíveis, além de prestar observância a diversas outras condicionantes, decorrentes do papel exercido pelo Orçamento, tais como: o pacto democrático e o sistema representativo; o princípio da proporcionalidade; os direitos fundamentais sociais; o princípio da proibição do retrocesso; a fundamentação idônea e motivada; além dos princípios administrativo-constitucionais.

Não é isso, contudo, o que se observa na prática, sendo comum que, já no início do exercício financeiro, à revelia do disciplinamento legal, bem assim de tudo que fora aprovado, democraticamente, pelos representantes do povo, que seja editado o tão conhecido “Decreto de contingenciamento de empenhos”.

De se ver, pois, que um dos primeiros atos costumeiramente adotados pelos gestores brasileiros, em sede de execução orçamentária, é justamente a negação do quanto constante do próprio orçamento, sem que tenha o Administrador Pátrio, ademais, durante o exercício financeiro, qualquer compromisso com o quanto constante daquela peça, sendo comum que deixe de gastar em diversas áreas sensíveis ou prioritárias, não obstante a previsão orçamentária, sem que seja apresentada qualquer justificativa formal para a não realização das despesas.

Constata-se, assim, que orçamento tem sido a cada dia mais desprestigiado, tanto que jocosamente denominado de “peça de ficção”. A bem da verdade, vem sendo a Lei Orçamentária tratada em nosso país como uma verdadeira “formalidade necessária”. Reveste-se este importantíssimo instrumento de concretização constitucional, na prática, de elevado déficit de efetividade, não cumprindo, assim, esta importante Lei com sua missão constitucional.

Tal estado de coisas evidencia a premente necessidade de dotar o sistema de planejamento de concretude. Retomar aos lindes de legalidade o gasto público.

Haverá, a depender de uma série de fatores, desde a própria redação do crédito orçamentário – mais ou menos precisa – até mesmo a existência de dotação própria, seja financeira, seja orçamentária.

Conhecer bem a natureza jurídica das funções exercidas pelo Poder Executivo mostra-se imprescindível para saber do limite mesmo de sua atuação. As noções de legalidade e discricionariedade mudaram, novos valores, limites e vetores foram nela agregadas.

A funcionalização da despesa pública somada ao necessário afastamento da “natureza autorizativa” do orçamento, são, segundo nos parece, caminhos que deverão ser necessariamente trilhados para que o Estado possa ter alguma efetividade em sua atividade de planejamento.

A noção de facultatividade, ou melhor, de “poder de não executar”, atribuída ao Chefe do Executivo no momento da execução orçamentária, deve ser superada o quanto antes. Este entendimento retira toda a racionalidade da atividade.

Nem se diga, à luz da natureza jurídica da função desempenhada pelo Poder Executivo, que este entendimento não poderia ser mais contraditório. É difícil admitir que a função discricionária outorgada pela lei orçamentária para que a Administração cumpra da melhor forma o orçamento anual possa se traduzir na própria negação da lei.

Ademais, o controle e a responsabilização é decorrência lógica da forma de governo republicana adotada em nosso País, estando incluído aí o ato de não gastar, que, como se disse, ainda que seja possível, deve obedecer uma série de

condicionantes, sob pena de consequências jurídicas gravosas ao gestor, a exemplo do crime de responsabilidade.

Deve ser esclarecido, de logo, considerando que a expressão “atividade financeira do Estado” pode comportar tanto o estudo jurídico-normativo, a cargo do Direito Financeiro, como também, o “pré-normativo” ou político, objeto de preocupação da Ciência das Finanças, que, este estudo se valerá, precipuamente, do Direito Financeiro em sua abordagem, sem prejuízo, claro, do auxílio dos demais Ramos do Direito, sobretudo Administrativo e Constitucional, em diversas etapas. O esclarecimento não impedirá a análise crítica das diversas normas que objeto de estudo do Direito Financeiro, quando se fizer necessário.

A visão de gasto público adotada neste estudo o vê como um “poder-dever funcionalizado”, ou, em outras palavras, o “conjunto de poderes atribuídos ao ente público em matéria de despesa pública, cujo exercício pressupõe autorização legislativa prévia (leis orçamentárias)”.

Desta noção depreende-se que, se por um lado, este “conjunto de poderes” pressupõe a existência da lei orçamentária, por outro, se destina a efetivar as necessidades públicas ali constantes, fruto da escolha realizada pelo povo, através de seus representantes.

São estas as questões que animaram o espírito da pesquisa.

Para que seja possível entender os limites de atuação da Administração Pública quando da execução orçamentária, dividimos o trabalho da seguinte forma:

No capítulo 01 será abordada a evolução do perfil do Estado e o impacto nos gastos públicos daí decorrente. Ajudará a compreender a evolução das despesas, não somente no aspecto quantitativo, mas, sobretudo, qualitativo, levando o Estado a ter que lançar mão do planejamento para fazer frente às novas e crescentes necessidades.

Em seguida, no capítulo 02, analisaremos as despesas públicas de um ponto de vista funcional, compreendendo e delimitando seu conceito, abrangência e classificação.

No capítulo 03 será o orçamento nosso objeto de estudo, oportunidade em que será possível compreender a lógica do sistema de planejamento, bem assim a necessidade de superação da “natureza autorizativa” do orçamento.

Por fim, no capítulo 04, lançaremos os olhos para o próprio fundamento da atuação administrativa durante a execução orçamentária, isto é, legalidade e discricionariedade, para, em seguida, tratar dos principais limites à margem de liberdade da sua atuação, finalizando com o estudo do princípio da proporcionalidade como vetor de toda a atuação estatal.

CONCLUSÃO

1. Proposições objetivas

Com o término deste trabalho mostra-se possível elencar – objetivamente – suas principais proposições, retratando, de acordo com cronologia do estudo, os resultados da pesquisa realizada:

1) Está-se diante do “maior paradoxo da atividade financeira nacional da atualidade”: a inquestionável juridicidade, o controle e a exaustiva regulamentação, das exações tributárias (receitas derivadas), dá espaço, quando da aplicação (despesa pública) destes recursos arrecadados, à absoluta politização, descontrole e à regulamentação sem efetividade;

2) Há grande permissividade, tanto da sociedade como das instituições, em matéria de gasto público. Mesmo diante da altíssima carga tributária existente em nosso País, tolera-se – sem que se faça usualmente essa correlação – que os recursos arrecadados, em maior parte das exações tributárias, traduzidos, na lei orçamentária, nos créditos orçamentários aprovados pelo Poder Legislativo, sejam (ou não) executados pelo Poder Executivo, sem que se exija qualquer justificativa a respeito;

3) Dois fatores de ordem histórica contribuíram para tal estado de coisas: o tardio surgimento da função promocional do Direito – quando compara, sobretudo, com a função arrecadatória-tributária – e o tradicional entendimento sufragando a natureza política da despesa pública;

4) A polissemia de que se reveste a expressão “despesa pública” somada à insuficiência dos conceitos doutrinários tem dificultado e exata percepção e estudo do fenômeno do gasto público. Tradicionalmente se tem conceituado despesa pública a partir de um trinômio essencial: dispêndio de recursos /realizado pelo Estado/ com a finalidade de atender necessidades públicas. Por contemplar, a uma só vez, elementos caracterizadores da fase executiva (“dispêndio de recursos”), e,

também, da fase alocativa (“necessidades públicas”), esta noção referida contribui para a propagação do entendimento, de certa forma fluido, porque em regra não vem sendo devidamente contextualizado, acerca da natureza política do “gasto” (genericamente);

5) É nesse contexto que se vislumbra a necessidade de analisar o fenômeno do gasto público sob a ótica da Teoria Estruturante, a possibilitar, de maneira didática, segmentar estes três elementos em níveis, evidenciando a natureza jurídica da função existente em cada um: 1º nível – necessidades públicas como institutos jurídicos – Órgão Legislativo; 2º nível – exercício da função financeira, isto é, do poder de executar o gasto - Administração Pública; e 3º nível – procedimento objetivando a saída efetiva de recursos do Tesouro – Administração Financeira;

6) A natureza política de que se reveste a decisão de gastar limita-se à escolha das necessidades públicas que serão atendidas. Estas escolhas, que decorrem do que Antônio Luciano de Souza Franco denomina de “poder orçamentar”²⁹¹, são materializadas (ou juridicizadas) nas leis orçamentárias e, uma vez aprovadas, dão vida a toda uma série de normas jurídicas objetivando seu cumprimento pela Administração Pública;

7) Aprovada e publicada a lei orçamentária, inicia-se a “função financeira da despesa pública”, que se convencionou denominar, sob a ótica orçamentária, de “fase de execução orçamentária”, oportunidade em que finda o 1º nível estrutural, abrindo-se espaço para os dois outros níveis, que estudaremos a seguir;

8) Ao conceber, ainda, a noção de “função financeira do gasto”, cujo exercício ocorre por meio de poderes-deveres, possibilita a teoria em questão compreender, à luz do Direito Financeiro, a “decisão de gastar”, inserida no 2º nível estrutural, como sendo o “conjunto de poderes atribuídos ao ente público em matéria de despesa pública, cujo exercício pressupõe autorização legislativa prévia (leis orçamentárias)”;

²⁹¹ FRANCO, Antônio L. de S. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2008, 1 e 2 v., p. 339.

9) Estes “poderes”, exercitáveis ao longo da execução orçamentária, têm na “funcionalização” sua razão de existir, tratando-se, pois, de “poder-dever”. Esta noção, muito embora já pode ser extraída de alguma forma da função discricionária administrativa, tem fundamental importância em matéria de gasto público, sobretudo porque esta função financeira, dita interna, distingue-se daquela administrativa, denominada externa. Possibilita, tal funcionalização, conferir ao gasto a juridicidade necessária ao cumprimento da finalidade que visa atingir;

10) Este “conjunto de poderes” que caracterizam a função financeira do gasto público pressupõem a existência da lei orçamentária, por outro, destinam-se a efetivar as necessidades públicas ali constantes, fruto da escolha realizada pelo povo, mediante seus representantes. Eis a funcionalização do gasto;

11) Possibilita esta linha de análise, estudar o gasto público não somente a partir do orçamento mas, sobretudo, com a finalidade de efetivá-lo, evidenciando a “funcionalização” daquele conjunto de poderes atribuídos ao ente público em matéria de despesa pública (função financeira da despesa pública), o que impede seja confundido com procedimento que o materializa;

12) a decisão de gastar, durante a execução orçamentária, isto é, o poder-dever de realizar o gasto não se confunde com o procedimento que o materializa, sob pena de se limitar, nesta etapa, a noção de “despesa pública” às “fases da despesa pública”, constantes do referido Diploma Legal. Isto é: não haveria, propriamente, uma “despesa pública”, senão uma “despesa pública realizada e pendente de efetivo pagamento”;

13) O poder-dever – “funcionalizado” – da despesa pública, inserido no segundo nível estrutural da teoria unitária como sua “função financeira”, precede – em regra – a relação jurídica que daí decorre, não sendo parte integrante desta, sendo tal constatação importantíssima para que, tal como se deu no âmbito do Direito Tributário, possa o orçamento ser elevado ao nível que a Constituição Federal o fixou: Lei, que deve ser cumprida. Valendo-se das lições de Norberto Bobbio, não se diz que “uma norma é jurídica porque regula uma relação jurídica,

mas sim que uma relação é jurídica por ser regulada por uma norma jurídica” Foi sob esta fundamentação, aliás, que a doutrina espanhola forjou a ideia de gasto público como sendo um “conjunto de poderes atribuídos ao ente público em matéria de despesa pública, cujo exercício pressupõe autorização legislativa prévia (leis orçamentárias)”;

14) A margem de atuação da Administração Pública no exercício desta função administrativa – que não se limita ao Poder Executivo –, variará, de acordo com uma série de fatores, desde a própria redação do crédito na peça orçamentária até a existência de normatividade própria dotando-o de execução obrigatória;

15) Tomada a decisão, impõe nosso Ordenamento Jurídico seja observado um procedimento administrativo objetivando documentar e instrumentalizar o gasto, tendo como ato final a ser atingido o correspondente pagamento. Este procedimento, regra geral, é o previsto na Lei n. 4.320/64, e nasce do exercício da função financeira do gasto público, com esta não podendo ser confundida;

16) Este procedimento carece, verdadeiramente, de “poder decisório” quanto ao gasto em si, servindo, além de documentar e instrumentalizar a decisão anteriormente tomada, como importante instrumento de garantia da legalidade do gasto e da execução orçamentária, como um todo;

17) O gasto público, em síntese, deve ser estudado não somente a partir do orçamento mas, sobretudo, com a finalidade de efetivá-lo. Limitar a análise da despesa pública ao procedimento que a materializa, significa, segundo nos parece, deixar em segundo plano a razão mesma de sua existência: efetivar as necessidades públicas constantes do orçamento: a noção de “função”;

18) Ainda que seja segmentada em níveis, a despesa pública vista à luz da teoria estruturante permite conceber o fenômeno do gasto de duas formas: de uma perspectiva isolada, em cada um dos níveis; e de uma maneira global, como um processo;

19) Já de uma perspectiva isolada de cada um dos níveis, permite compreender, com facilidade, os atores responsáveis por cada uma das etapas, bem assim a natureza jurídica da função desempenhada, além de identificar – sobretudo para fins do presente estudo – o momento e a decisão do gasto previsto no orçamento, como parte integrante daquele processo, com a “função” de efetivar as necessidades públicas a que se destinaram os créditos e dotações;

20) Da visão global depreende-se a íntima conexão entre a fase anterior com e a subsequente, demonstrando, pois, que cada uma delas, desde aquela dotada de maior abstração até o derradeiro ato, dotado de individualização e concretude, encontra-se devidamente funcionalizada ao atendimento das necessidades públicas, razão pela qual devem ser vistas como integrantes de um mesmo “processo”;

21) O princípio da legalidade, no âmbito da função financeira do gasto público, isto é, daquilo que se denomina de “despesa orçamentada”, pode ser vislumbrado, segundo nos parece, sob três distintas óticas: legalidade administrativa (princípio da juridicidade), orçamentária (cobertura orçamentária) e procedimental;

22) a existência de gastos que escapam à legalidade orçamentária, longe de permitir o entendimento pela sua transcendência em relação àquela Lei, impõe, isto sim, seja restabelecido o princípio da cobertura orçamentária para execução dos gastos públicos. Em um cenário de crise econômica mundial, onde avultam os princípios da “estabilidade”, “racionalidade”, “sinceridade” e “controle”, não pode merecer acolhida uma proposição que resulte em desqualificação da peça orçamentária;

23) Deve-se, pois, valorizar a peça orçamentária. A defesa da autonomização do gasto público frente ao orçamento, segundo nos parece, caminha na contramão desta necessária (re)valorização;

24) Não se sustenta a concepção atualmente predominante na doutrina, pregando a natureza autorizativa do nosso orçamento, estando esta discussão, isto sim, marcada, precipuamente, por retórica, no plano da política;

25) A leis orçamentárias são os mais importantes instrumentos para concretização da Constituição Federal, que as concebeu dentro da noção de planejamento, com vistas à consecução do plano governamental;

26) Seria ilógico que toda esta atividade de planejamento, desenhada pela própria Constituição Federal, e que dá origem às leis orçamentárias, se traduza, quando de sua execução pela Administração Pública, em mera “autorização” para gastar, significando o “poder de não gastar”;

27) Há neste entendimento um contra-senso sem tamanho: a Constituição Federal não autoriza que o Poder Executivo modifique livremente o orçamento, tampouco autoriza a realização sem previsão dos respectivos créditos orçamentários, mas, autoriza, por outro lado, que o Poder Executivo deixe – imotivadamente – de executar o programa traçado na LOA;

28) Esta permissividade quanto à “decisão de não gastar” - decorrente da famigerada natureza “autorizativa” do orçamento – resulta em falta de compromisso e seriedade na atividade de planejamento, que deveria servir de norte para a alocação de recursos e execução orçamentária, estimulando, cada vez mais, o generalizado desrespeito ao orçamento. É o que se pôde verificar da análise do Relatório de Levantamento TC 033.142/2015-7, realizado pelo Tribunal de Contas da União no âmbito do Poder Executivo Federal, em 2016;

29) a situação retratada no referido Relatório nos parece, em larga medida, decorrência natural da “cultura do orçamento autorizativo”: se na derradeira etapa do processo de planejamento – execução orçamentária – faculta-se ao Poder Executivo o “poder não executivo”, sendo aceito, assim, que decida não executar, ou executar parcialmente, as ações fixadas na LOA, sem que dele se exija qualquer motivação, o próprio processo de planejamento, conduzido à luz das disposições

constitucionais (devido processo legislativo) e consubstanciado nas leis orçamentárias, pelos representantes do povo (ainda que se limite tal assertiva ao plano teórico), perde sua razão de ser;

30) De acordo com uma nova feição do princípio da legalidade, sob o pálio da Constituição, continua a Administração, como não poderia deixar de ser, subordinada à lei, mas esta deixou a fonte exclusiva de sua atuação. Reconhece-se, ainda, uma atividade criativa na aplicação da lei, diferente daquela atividade criativa e não simplesmente mecanizada. Reconhece-se, por outro lado, a possibilidade de atuação da Administração, em alguns casos, sem que seja necessária mediação legislativa (“vinculação negativa”, Isto é, com fundamento direto na própria Constituição;

31) Em matéria de gasto público não há espaço para que se compreenda o princípio da legalidade (juridicidade) na acepção da “vinculação negativa”. Desse modo, não tem relevância a distinção doutrinária entre a atuação como “administração prestadora” (quando, aliás, é justamente sua típica atuação de “gasto”) e a “administração agressiva”. Deve a Administração, quando da realização do gasto público, tanto sob aspecto externo, como sob o aspecto interno, observar, respectivamente, a legalidade administrativa e a legalidade orçamentária. Isso por diversos fundamentos, sobretudo o princípio democrático e a indissociável correlação entre a maneira coativa pela qual é obtida a receita e a despesa;

32) Diante do resultado do Relatório de Levantamento realizado pelo TCU, referido anteriormente, dando conta de que a execução orçamentária em diversas áreas setoriais não chegou sequer a 50% (cinquenta por cento) do programado, entendemos que esta situação estaria, na prática, equiparada à atuação à margem da lei. O princípio da legalidade em sede de gastos públicos não pode significar tão-somente a estipulação de um quadrante para livre atuação da Administração Pública. Esta decisão – de não gastar – está, em última instância, ofendendo a própria decisão do povo, tomada através de seus representantes;

33) A indissociável relação entre a outorga de competência discricionária e a consecução do fim para o qual foi criada não permite outra conclusão que não a da obrigatoriedade mesma do exercício daquela competência. Esse entendimento aplica-se integralmente ao Poder Executivo, no que tange à execução orçamentária;

34) O monitoramento das metas de resultado, juntamente com as avaliações bimestrais de receita e despesa, possui destacada importância para a execução orçamentária, pois servem de norte para a utilização dos denominados “contingenciamentos de empenho”, previstos no art. 9º, caput, da LRF. A esse conjunto de regras objetivando, no que tange à atividade executiva da Administração, a correta programação financeira, com o monitoramento, de perto, da situação das receitas e despesas ao longo do exercício, com vistas a adoção de medidas, se for o caso, para que se corrijam desvios capazes de afetar o equilíbrio fiscal, dá-se o nome de “princípio da ação fiscal planejada”;

35) A discricionariedade administrativa que se abre à Administração quando da execução orçamentária encontra-se vinculada ao cumprimento, da melhor forma e na maior medida possível, da LOA. O orçamento deve ser cumprido pela Administração, ainda, pelos seguintes motivos: (i) é o ato legislativo no qual desemboca toda a atividade de planejamento, corporificando, pelo período de um ano, o plano do governo; (ii) toda a lógica do orçamento-programa é voltada para a consecução dos objetivos através de instrumentos bem delineados, isto é, o plano – como não poderia deixar de ser – foi feito para ser executado; (iii) sua natureza de lei sobressai da própria CF/88, tratando-se de lei perfeita e com efeitos normais; e, por fim, (iv) o conjunto de poderes que integram a função financeira do gasto surge a partir do orçamento e para cumpri-lo (função);

36) A margem de liberdade conferida ao administrador para execução do orçamento não contempla a opção de pura e simplesmente “não executá-lo”, este entendimento, longe de se traduzir em engessamento ou mesmo de carecer de alteração constitucional, já é contemplado, suficientemente, por nosso Ordenamento Jurídico: deve o gestor se valer dos instrumentos de flexibilidade

orçamentária, que possibilitam a realização de ajustes ao longo da execução orçamentária;

37) Os seguintes fatores são, em maior ou menor escala, determinantes na margem de liberdade da Administração em matéria de gasto público: (i) Despesas obrigatórias; (ii) (In)suficiência de recursos; (iii) tempo ou período; e, por fim (iv) delimitação dos próprios créditos orçamentários.

(i) insuficiência de recursos:

a- Disponibilidade financeira: a-1 A execução da despesa pressupõe, por óbvio, tenha a Administração arrecadado o volume de receitas previstas. Isso não ocorrendo, a margem de liberdade do Poder Executivo será, naturalmente reduzida; e a-2 O gestor responsável, atento ao princípio da ação fiscal planejada, deverá estar monitorando, de perto, os relatórios bimestrais, com vistas a saber da possível frustração de receitas, e, então, se for o caso, se valor do mecanismo previsto na LRF para tanto: contingenciamento de empenhos (art. 9º, LRF). Cumpre notar que, havendo frustração de receitas, que possam impactar o cumprimento da meta fiscal, não restará para gestor outra alternativa senão lançar mão do contingenciamento. Trata-se, assim, de situação na qual sua margem de liberdade estará bastante reduzida.; e, também, da b- Disponibilidade Orçamentária: A inexistência de créditos orçamentários, como se sabe, impede seja realizada a despesa. Assim é que, ausente o crédito e, por outro lado, sendo necessária a despesa, ao gestor caberá se valer dos créditos adicionais, a depender do caso (suplementares para reforçar dotações já existentes; especiais para despesas não previstas no orçamento; e, por fim, extraordinários para despesas urgentes e imprevistas”).

Pensamos que a, além do que já se disse acerca da natureza do orçamento, bem assim da própria funcionalização da decisão de gastar, o real alcance do sentido da discricionariedade administrativa presente durante a fase da execução orçamentária é essencial para situar a discussão em seus corretos termos.

(ii) Despesas obrigatórias:

Tanto as despesas denominadas “obrigatórias” como as “discricionárias” devem ser executadas, pois constam da peça orçamentária, cuja efetivação deve ser o norte da Administração. A distinção deveria ganhar relevância tão-somente diante de eventual cenário de frustração de receitas que impossibilitasse, em decorrência, o cumprimento da programação orçamentária. Nesse caso, aquelas despesas denominadas obrigatórias seriam priorizadas pela Administração. Fora daí não deveria haver qualquer distinção: se há recursos, que se cumpra o orçamento. A maior parte das despesas ditas “obrigatórias”, a exemplo dos gastos com Saúde e Educação, limitam-se a fixar um percentual mínimo de aplicação, isto é, um “piso”, permanecendo o gestor, desde que voltado para aquelas funções, com certa margem de liberdade para o gasto. Segundo pensamos esta classificação tem agravado a “cultura da autorizatividade” do orçamento, significando, em síntese, que há obrigatoriedade somente no que tange às despesas assim denominadas. Pensamos, nessa linha de ideias, que talvez fosse melhor ir além nesta classificação e denominar, sem meias palavras, de “facultativas” o que ora se tem denominado de “discricionárias”.

(iii) Tempo ou período:

A anualidade deve representar um limite, de fato, à margem de liberdade da Administração, pois, ainda que seja possível o manejo dos restos a pagar, verifica-se que, na prática, está tal figura servindo para burlar o limite em questão. Sob este aspecto, mostra-se absolutamente ilegal a prática dos “orçamentos paralelos”, decorrentes dos restos a pagar, que vem utilizado o Poder Executivo.

(iv) delimitação dos próprios créditos orçamentários

De fato, pode-se falar aqui em uma relação inversamente proporcional no que tange à margem de liberdade da Administração: quanto maior for a descrição do crédito orçamentário, menor será a margem de liberdade de atuação da Administração. Dada a dinâmica inerente à difícil tarefa de executar o orçamento,

não deve tal descrição ir a ponto de engessar por completo a atividade administrativa, mas, por outro lado, se for por demais genérica, entendemos que o crédito será inexecutável, a depender do caso;

38) Considerando a hodierna compreensão da legalidade administrativa, bem assim o redimensionamento da noção de discricionariedade, além de ter a Administração que se conter na “margem de liberdade”, maior ou menor a depender do caso concreto, o princípio da proporcionalidade deverá servir de norte para sua atividade. É dele que resultará a legitimidade da sua ação, sendo, ainda, manifestação deste princípio o dever de apresentar motivação em sede de gastos. As escolhas feitas pelo gestor referem-se à “coisa pública”, daí a necessária e permanente sindicância do povo, que somente será possível, diante das motivações.

2. Encerramento

Objetivamos com o presente estudo analisar o gasto público à luz de uma perspectiva absolutamente funcionalizada, inserida na noção de poder-dever do gasto, de vinculatividade da atuação discricionária e, ainda, sob o fundamento de que o orçamento, dentro do contexto do planejamento, deve sim ser objeto de execução. É obrigatório como são as leis.

Em síntese: O Ordenamento Jurídico não pode ser tido como “menos jurídico” para despesas públicas. O “gastar” está umbilicalmente ligado ao “arrecadar” e deve ser fruto de uma decisão racional, planejada e pautada pela proporcionalidade, em todos os passos da Administração.

Que esta discussão possa estar cada vez mais em voga.

REFERÊNCIAS

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 9. ed. Dallas: West, 2010.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1960.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, 2 v.

ARAGÃO, Alexandre S. de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 51-64, fev. 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **Apontamentos de Ciência das Finanças e Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: RT, 1969.

_____. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à ciência das finanças**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROS JUNIOR, Carlos S. Orçamento, Natureza Jurídica, **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro: FGV, n. 83, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015.

BECKER, Alfredo A. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BIDART CAMPOS, German. **El Orden Socioeconomica en la Constitución**. Buenos Aires: Ediar, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, mar/abr/mai, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, José S. M. **Introdução ao Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas 0 Imposto de indústria e profissões – Movimento econômico – Imposto

sobre vendas e consignações. **Revista de Direito Administrativo**, v. 71, p. 324-344, jan./mar. 1963.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2003.

CARDOSO JR., José C. **Estado, planejamento, gestão e desenvolvimento: Balanço da experiência brasileira e desafios no século XXI**. CEPAL, Coleção Documentos de Projeto, 2013.

CATARINO, João R. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Lisboa: Almedina, 2012.

CHRISTOPOULOS, Basile G. C. Norma jurídica da despesa pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, ano 9, n. 32, jan./mar. 2011.

CORREIA NETO, Celso de B. **Orçamento Público: uma visão analítica**. II Prémio Secretaria de Orçamentos e Finanças de Monografia, 3º lugar, 2008.

CORTI, Horacio G. Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico. In: CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coords.) **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CONTI, José M. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

_____. **Levando o Direito a Sério**. São Paulo: Blucher, 2016.

_____(coord.). **Orçamentos Públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; SCAFF, Fernando F. (coords.) **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Adilson A. Orçamento Impositivo. In: CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coords.) **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DEODATO, Alberto. **Manual da Ciência das Finanças**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

DI PIETRO, Maria S. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

DOMINGO, Fernando V. Notas sobre el gasto público y contribución a su sostenimiento en la Hacienda Pública. **Civitas Revista Española de Derecho Financiero (REDF)**, n. 3, 1974.

FEITOSA, Raymundo J. R. A constituição financeira como questão crucial do direito constitucional. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, n. 80, 2002.

FERREIRO LAPATZA, José J. **Curso de Derecho Financiero Español**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons Librero-Editor, 1988.

FONROUGE, Giuliani. **Derecho Financiero**. Buenos Aires: Depalma, 1962.

FRANCO, Antônio L. de S. **Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, 1 v.

_____. **Finanças Públicas e Direito Financeiro**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008, 1 e 2 v.

FURTADO, J. R. **Direito Financeiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GALIARDO, Cayón A. **La Unidad Funcional de la Hacienda Pública**. Madrid: IEF, 1988.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Despesa pública - Princípio da legalidade - Decisão judicial. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 191, p. 315-331, fev. 2015.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU RUIZ, A. **Ideas para un Proyecto Docente en Derecho Financiero y Tributario**. Madrid: E-Prints Complutense, 2006.

GUERRERO, L. C. La disciplina de la Contabilidad Pública y el Derecho Financiero. **REDF**, n. 3, 1974.

GOMES, Emerson C. **Direito dos Gastos Públicos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2015.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro Tributário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HORVATH, Estevão. **O orçamento no século XXI**: Tendências e expectativas, Tese apresentada ao concurso de Professor Titular – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, 2014 no prelo.

JUANO, Manuel de. **Curso de Finanzas y Derecho Tributario**. Rosario: Ediciones Malachino, 1963, 1 t.

JUND, Sérgio. **Administração Financeira e Orçamentária**: teoria e 750 questões. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial. **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, v. 8, 2004.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. **A Execução do Orçamento Público**: Flexibilidade e orçamento impositivo. São Paulo: Blucher, 2016.

MAGALHÃES, Carla S. F. **Regime Jurídico da Despesa Pública**: do direito da despesa ao direito à despesa. 2011. 377 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Minho, Braga, Portugal, 2011.

MARTINEZ GINER, Luis A. **La Posición Deudora de La Hacienda Pública**. 2001. 1147 p. Tese (Doutorado) – Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

MARTINS, Inves G. S. M.; MENDES, Gilmar da S.; NASCIMENTO, Carlos V. do.; SILVA, José A. da. **Tratado de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, 1 e 2 v.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

MOLINA, Pedro M. H. **Metodología del Derecho Financiero y Tributario**. México: Porrúa, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORATAL, German O. **La configuración Constitucional del Gasto Público**. Madrid: Tecnos, 1995.

MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. **Public finance in theory and practice**. Tokyo: McGraw-Hill, 1973.

NOGUEIRA, Ruy B. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Regis F. de. **Curso de Direito Financeiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Rafael C. R. **A Constitucionalização do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Gastos Públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Weder de. **Curso de Responsabilidade Fiscal: direito, orçamento e finanças públicas** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, Coimbra: Almedina, 2003

PACIULLI, José. **Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PEROGORDO, Juan J. B. de. **El Derecho de los Gastos Públicos**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

_____. Notas para la construcción de un Derecho de los gastos públicos. **PGP**, n. 2, 1979.

PINHEIRO, Luis F. V. **Rumo ao Orçamento Impositivo**. São Paulo: RT, 2011.

PUGLIESI, Mario. **Instituciones de derecho financiero: derecho tributário**. Fondo de Cultura Econômica, 1939.

ROCHA, Francisco S. S. Orçamento e Planejamento: As relações de necessidade entre as normas do Sistema Orçamentário. In: CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coords.) **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUEZ BEREIJO, A. **Introducción al estudio del Derecho Financiero**. Madrid: IEF, Estudos de Hacienda Pública, 1976.

SACONNI, Luiz Antonio. **Nossa Gramática: Teoria e Prática**. São Paulo: Atual, 1995.

SAINZ DE BUJANDA, F. **Sistema de Derecho Financiero**. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidade Complutense, 1977, 1 v. e 1 t.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionalidade e Poder Sancionador: uma Breve Análise da Proposta de Regulamento da ANATEL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, fev/mar/abr, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein, O poder de polícia é discricionário?, Ambiental e Urbanístico – CEDAU do ano de 2011. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Poder de polícia na atualidade: Anuário do Centro de Estudos de Direito Administrativo**, 2014.

SILVA, José A. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SOARES, Rogério. Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva, **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra v. 57, 1981.

SOLER ROCH, Maria Teresa S. La Ordenación de la Hacienda Pública Estatal em el Título I de la Ley General Presupuestaria. **Revista Española de Control Externo**. Madrid: Tribunal de Cuentas, v. 6, n. 18, 2004.

SOUTO, Marco J. V. **Direito Administrativo da Economia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo L. **A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 5 v.

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1977, 2 v.

VIDIGAL, Geraldo de C. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

VILLEGAS, Héctor B. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

_____. **Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario**. 9. ed. Buenos Aires: 2012.

APÊNDICE I - TABELA CONTENDO A SÍNTESE DAS DISFUNÇÕES VERIFICADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO SISTEMA DE PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO DA ÚNIÃO

TC 033.142/2015-7 - PLENÁRIO

Relatório de Levantamento

Interessado: Tribunal de Contas da União

Unidade: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MP

RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO. COMPARAÇÃO DAS BOAS PRÁTICAS ORÇAMENTÁRIAS ESTABELECIDAS POR INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS, COM AS PRÁTICAS ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA. OPORTUNIDADES DE MELHORIA. RECOMENDAÇÕES AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. CIÊNCIA À COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL E A OUTROS ÓRGÃOS INTERESSADOS. ARQUIVAMENTO.

PPA
1. As políticas previstas no PPA não estão sendo priorizadas no momento de elaboração da LOA, por questões de limitações orçamentárias (item 60);
EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
2. Os órgãos setoriais já iniciam o exercício trabalhando com a possibilidade de grandes cortes nas dotações iniciais, por conta do contingenciamento ao qual têm sido submetidos (item 61);
LOA
3. Nem mesmo a LOA, que deveria ser um planejamento anual, tem cumprido seu papel, em face das discrepâncias entre as previsões de receitas e fixação de despesas apresentadas nesse documento e as reais capacidades do governo (item 62);
PPA
4. Diversos programas temáticos constantes do PPA – v.g. Desenvolvimento Regional, Territorial Sustentável e Economia; Mudanças Climáticas; Planejamento Urbano e Turismo - obtiveram execução muito baixa no período (2012-2015), inferior a 10% da dotação atualizada, chegando em alguns programas, como o caso do Programa Temático Planejamento Urbano, a se ter execução inferior a 1% (item 64);
LOA
5. A LOA não vem refletindo o planejamento de médio prazo do governo, em face das dificuldades enfrentadas pelos órgãos no momento de executar as políticas (item 64);
PPA

6. Os valores globais dos programas do PPA são atualizados ano a ano de acordo com os valores das dotações atualizadas a eles destinadas nas respectivas LOAs, isto é, em vez de o PPA balizar a elaboração das LOAs, as dotações atualizadas das leis orçamentárias é que têm alimentado o processo de revisão do PPA, retirando do Plano qualquer característica de instrumento de planejamento, já que os valores globais dos programas temáticos, que deveriam orientar a distribuição de recursos na LOA, com vistas ao atendimento das metas estabelecidas no PPA, não são utilizados como parâmetro para elaboração da lei orçamentária (item 65);
PPA
7. Apesar de ser um instrumento com peso constitucional, o PPA tem sido elaborado muito mais com o intuito de cumprir determinação constitucional, do que de orientar os órgãos, como um planejamento de médio prazo, na elaboração de seus orçamentos e planejamentos anuais, sendo a falta de diálogo entre planejamento e orçamento uma de suas causas (item 66);
PPA
8. A ausência de cultura de planejamento no Brasil e a necessidade de resolver problemas imediatos em detrimento de planejamento das ações futuras têm impedido o desenvolvimento do PPA como um plano norteador da administração pública brasileira (item 67);
PPA
9. Não é possível afirmar que existe no Brasil alinhamento dos planos estratégicos de médio prazo às prioridades do governo, conforme disposto no princípio elaborado pela OCDE, pelo fato de o PPA não desempenhar, para a administração pública brasileira em nível federal, o papel de um plano de médio prazo (item 71);
PPA
10. Em 2015, último ano do PPA, o PIB foi 169% menor que o projetado para o período e o IPCA apurado foi 137,8% maior que o projetado, sendo possível concluir que as projeções macroeconômicas realizadas no momento da elaboração do PPA, que constaram da Mensagem Presidencial que o acompanhou, estavam totalmente distanciadas da realidade e, mesmo com todas as alterações sofridas na economia brasileira e mundial (item 84);
PPA
11. Não é possível falar em planejamento com limites claros, credíveis e previsíveis com um Plano elaborado com base em um cenário econômico tão distante da realidade, sobretudo porque os valores globais, bem como as metas estabelecidas para os objetivos, dos programas temáticos foram elaborados com base nesse cenário irreal. Também foi com base nesse cenário que se estimou as receitas que seriam utilizadas como fontes das dotações orçamentárias que possibilitariam a execução do PPA (item 85);
LDO
12. Nos exercícios de 2014 e 2015, o Poder Executivo, por meio do processo legislativo, promoveu modificações nos textos das respectivas LDOs no sentido de alterar as metas de superávit primário e nominal inicialmente estabelecidas. Entende-se que, segundo os princípios que regem a disciplina

fiscal, estabelecidos na LRF, a meta de resultado primário estabelecida na LDO sinaliza o esforço do governo no sentido de impedir que a dívida pública cresça. O comportamento do governo nos dois últimos exercícios, ao contrário do esperado, contribuiu para o crescimento da dívida líquida do setor público no período, o que também vai contra o princípio da OCDE que trata do gerenciamento dos orçamentos com limites claros, credíveis e previsíveis em matéria de política fiscal (item 99);
LOA
13. As dotações estabelecidas na LOA são fixadas em um contexto tão distante da realidade, com base em fontes de receitas não realizáveis, que o próprio Poder Executivo tem dificuldade de, em face da frustração dessas receitas ou do aumento de despesas obrigatórias, realizar o contingenciamento determinado pelo art. 9º da LRF (item 131);
PLANEJAMENTO - GERAL
14. A falta de planejamento tem comprometido a execução das políticas públicas elaboradas e priorizadas pelo governo, comprometendo, ainda, a entrega de bens e serviços de qualidade aos cidadãos (item 132);
LDO
15. A SOF, quando questionada sobre o gerenciamento com prudência da sustentabilidade a longo prazo dos riscos fiscais, citou, por meio do Ofício 9951/2016-MP (peça 84), apenas o Anexo de Riscos Fiscais da LDO, não tendo tratado de outro instrumento institucionalizado de mitigação dos riscos do processo orçamentário. Dessa forma, não é possível afirmar que existem outros instrumentos de mitigação dos riscos orçamentários além do Anexo de Riscos Fiscais, o que corrobora o fato de que o princípio da OCDE que trata da identificação, avaliação e gerenciamento com prudência da sustentabilidade a longo prazo dos riscos fiscais é atendido apenas em parte no Brasil (item 135);
EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
16. Os Órgãos setoriais são livres para distribuir seu referencial monetário (teto orçamentário disponibilizado aos órgãos setoriais) entre as ações de sua responsabilidade, bem como decidir onde alocar eventual contingenciamento que lhes caiba, de modo que, a discussão travada entre eles e a SOF traduz-se, na verdade, em uma disputa por mais recursos e não, necessariamente, sobre prioridades governamentais (item 151);
LFO
17. A inadequação dos parâmetros macroeconômicos, os quais subsidiam o planejamento e a elaboração das leis orçamentárias no Brasil, resulta na elaboração de leis com previsões e metas distorcidas da realidade, implicando sucessivos contingenciamentos, inclusive já no início do exercício financeiro. Tal prática, além de revelar problemas na condução da política fiscal do país, prejudica sobremaneira o planejamento e a implementação das políticas programadas (item 157);
EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
18. Verifica-se, já desconsideradas as despesas de execução realmente obrigatória, que, nos três anos em análise (2013-2015), a taxa média de empenho das despesas sujeitas à programação

orçamentária e financeira foi de 83%, enquanto, por outro lado, a liquidação média atingiu somente 64% da dotação atualizada, de modo que, nos últimos três exercícios, cerca de 17% do orçamento planejado, no que se refere às despesas sujeitas à limitação orçamentária e financeira, deixou de ser executado e mais 19% foi inscrito em restos a pagar não processados, e, considerando as informações da SOF de que os limites foram quase que totalmente empenhados, há de se ressaltar que 23% da despesa empenhada foi executada por meio da inscrição em restos a pagar não-processados, o que representa R\$ 185,5 bilhões (itens 160-161);

EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

19. Algumas situações específicas chamam a atenção pelo baixo grau de execução, como o caso dos ministérios da Pesca e Aquicultura, Esporte, Turismo, Cultura e Integração Social (relacionados na Tabela 7), não parecendo ser possível afirmar que há alto grau de alinhamento entre plano e orçamento, na medida em que as execuções distam tão fortemente do que foi planejado na LOA. 163. O fato de um setorial executar metade de seu orçamento e, ainda, por meio da inscrição de 84% da despesa empenhada em restos a pagar não processados, caso do Ministério do Esporte em 2013, não pode ser atribuído somente a mudanças inesperadas no cenário econômico e ao elevado grau de incerteza que envolve as atividades de realizar estimativas, fazer previsões e projetar resultados (itens 162-163);

LOA

20. Não há dúvidas de que o processo de planejamento, como um todo carece de aperfeiçoamento, pois o Poder Executivo vem demonstrando que não consegue se planejar nem mesmo para o período de um exercício, caso da LOA, como já assinalado anteriormente. Mais que um princípio da OCDE, a necessidade de compatibilidade entre os instrumentos de planejamento e orçamento é exigência do art. 5º da LRF (item 165);

EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

21. Verifica-se, quanto à execução das ações relativas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), um dos principais instrumentos de intervenção do Governo Federal voltado para o crescimento econômico e melhoria das condições sociais do país, que nem mesmo essas ações, consideradas como prioritárias pelas LDOs do período, apresentaram maior coerência e consistência entre planejamento e execução, podendo-se concluir que não há aderência aos princípios da 'qualidade e integridade das previsões e da execução orçamentárias' e da 'execução eficaz do orçamento' no Poder Executivo Federal, devido à falta de coerência entre planejamento e orçamento e à incapacidade da Administração de realizar previsões consistentes e íntegras, o que resulta na imposição de altas restrições orçamentárias e financeiras aos órgãos setoriais, prejuízo à execução eficaz e eficiente das ações da LOA e, conseqüentemente, à implementação dos programas do PPA.