

1. MATÉRIA ESPECIAL

1.1 Controle Abstrato de Constitucionalidade de Leis Orçamentárias – A anunciada revisão de jurisprudência do STF e a consagração de um novo instrumento de atuação do Ministério Público (ADI) no controle de constitucionalidade dos orçamentos públicos

Luciano Coelho Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT

Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC

Professor de Direito Constitucional

da Escola da Magistratura do DF

Autor de diversos artigos jurídicos publicados em revistas especializadas

Introdução

A discussão que envolve a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias no Brasil sempre foi um dos temas mais polêmicos e palpitantes no âmbito do direito constitucional doméstico.

Em recente decisão proferida em sede de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (MC-ADI 4048/DF), o plenário da Suprema Corte brasileira começou a anunciar a importantíssima mudança de um paradigma clássico que vinha sendo adotado ao longo das últimas duas décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as leis orçamentárias em geral, a exemplo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), não poderiam constituir objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por não preencherem determinados requisitos de admissibilidade exigidos pela jurisprudência daquela Corte Superior.

O objetivo do presente trabalho é alertar a comunidade jurídica para o grande significado e as possíveis consequências da anunciada revisão jurisprudencial no tocante ao controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, através de uma abordagem concisa e objetiva, calcada na apreciação do *leading case*, que está ensejando a mudança de pensamento da Corte Constitucional deste país.

Para mais que isso, almeja-se alertar os integrantes do Ministério Público brasileiro para a possível abertura de um novo e fecundo campo de atuação do órgão, propiciado pela ora noticiada revisão de jurisprudência do STF, que, como se buscará demonstrar, terá como um de seus mais importantes desdobramentos a possibilidade de um controle jurisdicional mais efetivo sobre os orçamentos públicos governamentais.

É certo que raciocínios como esses são do tipo conducentes, nalguns momentos, a barreiras que parecem

intransponíveis. Mas nem por isso deve o pensador desistir de encontrar o necessário ajuste dos pontos difíceis de se acomodar no contexto geral da teoria que se desenvolve, mesmo que através do pensamento contrário, da boa crítica, favorável ou não. É assim, ao que se sabe, que aparecem os novos elementos do mundo científico, mesmo que através de pequenos acréscimos ao que já se produziu em determinado campo.



Ficam, pois, as linhas que seguem, a título de despretenso ensaio no sentido de oferecer ao menos alguma contribuição a mais, visando trilhar os caminhos que nos conduzem à efetivação de um Estado de Direito Democrático realmente comprometido com a efetivação da *justiça social*, dos *interesses sociais* e com a construção de uma *sociedade justa e solidária*, que tem por objetivos fundamentais, entre outros, a *redução das desigualdades sociais* e a *erradicação da pobreza e da marginalidade* (CF/88, art. 3º, incs. I e III).

1. Posicionamento clássico do STF a respeito do tema: a inadmissibilidade, em regra, do cabimento de ADI cujo objeto seja norma orçamentária

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao longo dos últimos 20 anos após o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou orientação que limitava o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) cujo objeto fosse o questionamento de normas orçamentárias, salvo em situações excepcionais.

Referido entendimento se fundava na exigência jurisprudencial (criada pelo próprio STF) de que a lei ou o ato normativo impugnados, para serem alvos de ADI – típica ação objetiva de caráter abstrato –, deveriam se revestir dos atributos da *abstração*, *generalidade*, *normatividade* e *impessoalidade*, conforme orientação consolidada por ocasião do julgamento da ADIn 203-1/DF¹.

Por força desse entendimento, a Suprema Corte

¹ ADIn 203-1/DF: “A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade. Precedentes do STF.” (rel. Min. Celso de Mello). Referido entendimento voltou a ser confirmado em recentíssimo julgamento do próprio STF noticiado pelo *Informativo 541* (Medida Cautelar em ADI 1.372-RJ), ocasião em o Relator, Min. Celso de Mello, asseverou: “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.(...) 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.”

brasileira não admitia o questionamento, via ADI, dos denominados *atos estatais de efeitos concretos*, aqueles atos que, não obstante emanados do Poder Público, são dirigidos a pessoas certas (destinatários certos) ou possuem objeto determinado, não se enquadrando nas exigências já descritas. Note-se que nem mesmo os atos estatais de efeitos concretos aprovados sob a “forma” de lei (lei em sentido formal) poderiam ser atacados pela via abstrata do controle de constitucionalidade propiciado pela ação direta. Isto porque, segundo entendimento que se tornou clássico na jurisprudência do STF, para fins de cabimento de ADI, deve-se estar diante de lei em sentido *formal* e ao mesmo tempo *material*, não sendo suficiente a mera aprovação do ato estatal sob a roupagem de lei em sentido formal (= mero processo legislativo de aprovação da espécie normativa).

Pois bem. As leis orçamentárias em geral, de que são exemplos a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), sempre foram lembradas como típicos exemplos de “leis formais de efeitos concretos”, na consideração de que as normas definidoras das *dotações orçamentárias*, na maior parte dos casos, encontram *destinatários certos e objeto determinado*.

Em outras palavras, referidas normas orçamentárias até podem ter sido aprovadas sob a forma de leis (lei em sentido formal), mas, por não se revestirem dos caracteres de *abstração, generalidade e impessoalidade* exigidos pela jurisprudência do STF, não poderiam (na concepção clássica do Tribunal Constitucional brasileiro) se sujeitar ao controle abstrato de constitucionalidade propiciado pela via da ação direta de inconstitucionalidade por não se caracterizarem como leis em sentido material².

Sem embargo, calha advertir que o próprio STF admitia, em situações excepcionais, o cabimento de ADI para a impugnação de normas orçamentárias quando o legitimado ativo para a ação lograsse demonstrar um mínimo coeficiente de abstração e generalidade do ato questionado, a exemplo do que restou decidido no julgamento da ADI 2.925, no qual se discutia a abstração da norma que tratava da “[...] suplementação de crédito para reforço de dotações vinculadas aos recursos da CIDE-Combustíveis”³.

A regra, no entanto – insista-se –, era no sentido do descabimento da ADI para questionamentos de vícios formais ou materiais de inconstitucionalidade em torno de leis orçamentárias, *cujos comandos normativos destinam determinadas receitas a uma certa finalidade/despesa*⁴.

2. A recente revisão jurisprudencial do STF sobre a matéria (MC-ADI n. 4.048-DF)

O Supremo Tribunal Federal começa a rever sua orientação clássica em torno da inviabilidade do manejo

da ADI para a impugnação de leis orçamentárias.

Referida revisão foi amplamente discutida e debatida pelo plenário da Corte por ocasião do julgamento da Medida Cautelar em ADI n. 4.048-DF, tendo como relator o Min. Gilmar Mendes.

O questionamento de mérito dessa ação se dirigia ao conteúdo da Medida Provisória n. 405/2007, editada em 18.12.2007, por meio da qual o Presidente da República determinou a *abertura de crédito extraordinário*, no valor global de R\$ 5.455.677.660,00, a favor da Justiça Eleitoral e de diversos órgãos do Poder Executivo. Questionava-se, afinal, se poderia o Chefe do Poder Executivo Federal editar Medida Provisória para determinar *abertura de crédito extraordinário* em quaisquer situações. Referido procedimento tem fundamento constitucional?

Conforme esclarecido por ocasião do julgamento, nada obsta a utilização de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário, até porque referido procedimento conta com expressa previsão constitucional (art. 62, § 1º, inc. I, alínea “d”, c.c. art. 167, § 3º, ambos da CF/88).

Ocorre que, para tal fim, *além* dos pressupostos formais da *relevância e urgência* (art. 62, CF/88), inerentes às medidas provisórias em geral, a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário via medida provisória seja feita apenas para atender a despesas *imprevisíveis* e urgentes, que não possam aguardar o transcurso regular de um processo legislativo ordinário, muitas vezes prolongado no tempo por influência de fatores políticos. Como exemplos de situações *imprevisíveis* que poderão ensejar o uso de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário, a própria Constituição Federal elenca os casos de “guerra”, “comoção interna” ou “calamidade pública”, os quais constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º, CF/88. Fora dos casos de *imprevisibilidade e urgência*, o uso de medida provisória em matéria de abertura de crédito extraordinário é inconstitucional, conforme asseverou o Pretório Excelso.

Partindo de tal contexto, após análise da exposição de motivos da MProv. 405/2007, a maioria dos Ministros do STF não encontrou qualquer dificuldade em aquilatar que a abertura de crédito extraordinário determinada por intermédio do Presidente da República padecia de flagrante vício de inconstitucionalidade, na medida em que os créditos abertos destinavam-se a prover despesas correntes de diversos órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral que não estavam qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência, circunstâncias que levaram o Tribunal a reconhecer que a edição da medida provisória em questão configurou *um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários*⁵.

² Nesse sentido, conferir ADI (QO) 1.640 e ADI 2.100.

³ Exemplo extraído da obra *Direito Constitucional Esquematizado*, de autoria do emérito prof. Pedro Lenza. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168.

⁴ JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. PODIVM, 2008. p. 353-354.

⁵ Neste particular aspecto, a contundente crítica doutrinária de Márcia Maria Corrêa de Azevedo ao uso excessivo de medidas provisórias no Brasil apresenta-se de todo oportuna quando afirma, em tom de fina ironia, que “[...] as medidas provisórias representam o câncer que consome, lenta e gradualmente, a saúde de nossa democracia. Como o vírus maligno, de fora, estranho, que veio instalar-se num organismo

No entanto, para os fins do presente trabalho, a decisão mais importante do STF não foi propriamente aquela de mérito que reconheceu, em sede de medida cautelar, a inconstitucionalidade da Mprov. 405/2007. Na verdade, a grande revisão de jurisprudência que constitui objeto do presente artigo teve sua origem por ocasião de uma questão de ordem, preliminar, sobre o próprio cabimento da ADI 4.048, tendo em vista que referida ação, como se está a perceber, pretendia impugnar uma *típica norma de caráter orçamentário*, a saber, a Medida Provisória 405/2007, que determinara a *abertura de crédito extraordinário*.

Perceba-se que a ADI 4.048-DF tinha por objetivo atacar uma medida provisória de natureza orçamentária, o que levou os Ministros do STF a levantarem questão de ordem, com o objetivo de definir se seria ou não cabível ADI para impugnar uma típica norma orçamentária, vale dizer, se deveria ou não ser aplicado à espécie o entendimento clássico da Corte no sentido do descabimento de ADI que tenha por objeto normas orçamentárias. Apenas a título de melhor esclarecimento, recorde-se o leitor que a MProv 405/2007 determinou a abertura de crédito extraordinário *a favor de órgãos do Poder Executivo e da Justiça Eleitoral*, do que se conclui que referido ato do Poder Executivo tinha objeto determinado e destinatários certos, apresentando-se, pois, como um típico ato estatal de efeitos concretos na concepção clássica do Tribunal.

Assim foi que, após ampla discussão, resolveu o Plenário do STF, por maioria de votos, admitir o cabimento da ADI em questão, em julgamento histórico no qual o relator da ação, Min. Gilmar Mendes, chegou ao ponto de enfatizar que, ao passar a admitir o cabimento da ADI para a impugnação abstrata de leis orçamentárias, o STF, por sua nova composição, estava se retratando de um erro do passado.

Para uma melhor compreensão dos debates preliminares, transcreve-se, na sequência, o resumo da decisão noticiado pelo *Informativo – STF n. 502* sobre a MC-ADI 4.048-DF, *in verbis*:

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu da ação, por entender estar-se diante de um tema ou de uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato — independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto — de inegável relevância jurídica e política, que deveria ser analisada a fundo. Asseverou-se que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, eis que a própria Constituição adotou como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, ou seja, aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração. **Considerou-se, entretanto, que outra deveria ser a interpretação no caso de atos editados sob a forma de lei. Ressaltou-se que essas leis formais decorreriam ou da vontade do legislador ou do próprio constituinte, que exigiria que**

já meio fraco, debilitado, encontrando então ambiente apropriado para desenvolver-se, modificar o núcleo de células sadias, alterando a estrutura do DNA, reproduzindo-se de modo descontrolado e violento, ocupando todo o espaço da vida sadia, da normalidade. Tem até o nome de vírus – provvedimenti provvisori (com (sic) forza di legge) (Prática do processo legislativo. São Paulo: Atlas, 2001. p. 178).

certos atos, mesmo que de efeito concreto, fossem editados sob a forma de lei. Assim, se a Constituição submeteu a lei ao processo de controle abstrato, meio próprio de inovação na ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não seria admissível que o intérprete debilitasse essa garantia constitucional, isentando um grande número de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, talvez, de qualquer forma de controle. Aduziu-se, ademais, não haver razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, e que estudos e análises no plano da teoria do direito apontariam a possibilidade tanto de se formular uma lei de efeito concreto de forma genérica e abstrata quanto de se apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Concluiu-se que, em razão disso, o Supremo não teria andado bem ao reputar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas. Vencido, no ponto, o Min. Cezar Peluso que não conhecia da ação, por reputar não se tratar no caso de uma lei, sequer no aspecto formal. (grifo nosso).

Pela análise comedida e criteriosa dos fundamentos da decisão ora transcrita, percebe-se que o STF, por sua nova composição, procurou estabelecer uma clara distinção entre os atos estatais de efeitos concretos editados “sob a forma de lei” (ou de medida provisória) e os atos estatais de efeitos concretos não editados sob a forma de lei ou de medida provisória (como, por exemplo, os atos administrativos do poder público). Enquanto os últimos continuariam não podendo ser objeto de questionamento em sede de ADI, os primeiros (editados sob a mera roupagem de lei ou de medida provisória) não mais estariam isentos de controle abstrato de constitucionalidade, podendo ser impugnados, quando formal ou materialmente viciados, por intermédio de ADI e não mais apenas através de controle difuso de constitucionalidade, consoante orientação anterior.

No caso específico das leis orçamentárias, restou esclarecido durante os debates em torno da questão de ordem que referidas espécies normativas *seriam atos estatais de efeitos concretos apenas na aparência*, já que, para que elas sejam colocadas em prática e efetivamente executadas é que, aí sim, dependeriam da prática de atos de efeitos concretos.

3. Considerações Finais – um novo campo de atuação do Ministério Público brasileiro no controle da constitucionalidade dos orçamentos públicos

Conforme advertência oportuna do ilustre constitucionalista Pedro Lenza⁶, ao comentar a recente revisão de jurisprudência ora noticiada, “[...] tendo em vista que a decisão foi tomada em medida cautelar, resta aguardar como se dará a evolução da jurisprudência do STF”

Ainda assim, tudo está a indicar que, por ocasião

⁶ Na obra *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 201.

do enfrentamento do mérito da ADI 4.048-DF, o Supremo Tribunal Federal brasileiro passará a admitir, doravante, o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja lei orçamentária, o que, até bem pouco tempo, só poderia ser objeto de questionamento mediante controle difuso incidental ou através de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Trata-se, inequivocamente, de valiosíssima mudança de interpretação jurisprudencial do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, máxime por possibilitar um controle jurisdicional mais efetivo, em sede de fiscalização objetiva e abstrata de constitucionalidade sobre eventuais transferências de recursos orçamentários de uma dotação para outra, dentro da proposta orçamentária do Governo Federal, notadamente quando referidas transferências se apresentarem totalmente infundadas e obscuras, não se dirigindo para o atendimento de setores prioritários da Constituição, a exemplo da *implementação de políticas públicas em geral*, em áreas como saúde e educação.

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 pelo agente de poder ordenador das despesas estatais, com má utilização do dinheiro público ou sua aplicação indevida em setores que não constituam, à toda evidência, propósitos prioritários da Constituição⁷.

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*, *mutatis mutandis* aplicável à espécie, *in verbis*:

De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder

Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. **A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira**⁸. (grifo nosso).

E assim arremata com aguda perspicácia referido autor:

Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.⁹

Por tudo o que até aqui se disse, compete aos Ministérios Públicos dos Estados, do DF e Territórios e Federal, por intermédio de suas chefias, voltarem suas atenções para a importante inovação que se anuncia no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade brasileiro, promovendo as ações necessárias (ADI, ADPF, etc.) ao emprego adequado dos recursos públicos dentro das propostas orçamentárias governamentais, não mais sujeitas à reserva de competência exclusiva do legislador e do administrador.

Está-se, inelutavelmente, diante de extraordinário e fecundo campo de atuação que deverá ser ocupado pelo Ministério Público brasileiro, tendo em vista que plenamente compatível com suas incumbências constitucionais de *defesa da ordem jurídica* e dos *interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 da CF/88), rumo à construção de uma sociedade *justa e solidária* (art. 3º, inc. I, da CF/88), que tem por princípio fundamental o efetivo respeito à *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III, da CF/88), princípio matriz de todos os direitos fundamentais.

⁷ Consoante oportuna lição de Dirley da Cunha Júnior, em tom exemplificativo, “[...] cuida-se, aqui, de permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.” (In: Op. cit., p. 717).

⁸ Op. cit., p. 718.

⁹ Op. cit., p. 719.