

# *Direito financeiro*

Orçamentário. Patrimonial. Empréstimos públicos.

## *Direito orçamentário*

Ao lado do direito tributário, o outro grande setor que integra o direito financeiro é o direito orçamentário.

A importância da instituição orçamentária pode ser ressaltada em dois planos distintos. Em primeiro lugar, no plano dogmático: O Orçamento se apresenta como o vínculo entre a atividade de receita e a atividade de despesa. Consiste na previsão daquela e na autorização desta. É, por excelência, o documento configurador da atividade financeira do Estado. Como assinalou Sainz de Bujanda, encontra-se no vértice do ordenamento financeiro, infundindo-lhe unidade e coesão<sup>1</sup>.

De outra parte, por ele se acha condicionada toda a atividade estatal. Como também escreveu Sainz de Bujanda, o Orçamento 'dispõe sobre a Administração, se superpõe a ela, a autoriza, a limita e a condiciona'<sup>2</sup>.

Quer seja considerada, portanto, do ponto de vista da configuração do direito financeiro, quer do ponto de vista da atividade estatal, a instituição orçamentária se nos apresenta como a instituição básica, nuclear, de toda a atividade financeira que legitima e explica tanto a atividade de receita como a de despesa.

No entanto, ao lado deste aspecto jurídico-financeiro há que ressaltar sua dimensão ou seu aspecto jurídico-político. Na medida em que a atividade do estado se orienta, em última análise, a gastar, o instituto jurídico por meio do qual esta despesa é prevista e autorizada se converte na instituição básica de toda a atividade política desse Estado.

Na medida em que a atividade política é gastar, controlar a despesa equivale a controlar o desenvolvimento dessa atividade. Por isso pode Rodriguez Bereijo escrever que "o poder ou órgão que detém a competência para orientar a despesa em direção aos fins previamente determinados de distribuir sua cobertura por meio dos impostos, detém o poder dentro do Estado"<sup>3</sup>.

A mesma idéia, ressaltando a importância do Orçamento nos sistemas político-democráticos, fundados no princípio da divisão dos poderes e da separação das funções, foi desenvolvida por Talice: (o Orçamento) "se constitui num dos instrumentos mais importantes de equilíbrio constitucional, cuja correta utilização assegura a preservação do sistema democrático. A tal ponto que, mediante o exame do sistema orçamentário, se pode reconhecer facilmente a conformação e as características de um determinado sistema político"<sup>4</sup>.

No entanto, ao assinalar a importância histórica que o orçamento tem tido como instrumento de controle da ação de governo e como veículo da divisão de competências entre os diversos poderes em que se divide o Estado<sup>5</sup>, não se pode tampouco deixar de registrar o caráter ou a importância diferentes que hoje tem o Orçamento. Não é este o momento de tratar da evolução que tem sofrido a instituição orçamentária mas é, no entanto, necessário assinalar que este processo, em boa medida, está marcado pelo evoluir dos objetivos que o Estado deve atingir e pela evolução sofrida pelo próprio sistema parlamentar.

A transformação de uma Fazenda neutra em uma Fazenda decididamente intervencionista faz com que a noção de controle não possa mais traduzir-se na idéia de um freio por parte do tempo.

O fato de que as relações Parlamento-Governo não sejam relações de confrontação, sempre que o Governo resulte da maioria parlamentar, teve como conseqüência uma limitação crescente das prerrogativas do Parlamento em matéria orçamentária<sup>6</sup>. Daí a perda considerável da importância do orçamento do ponto de vista político. Como, acertadamente, escreveu Rodriguez Bereijo "a discussão do orçamento é hoje, de fato, em boa parte estéril e acadêmica, um rito inútil. A discussão do Orçamento já não é mais a única oportunidade para que se instale um debate sobre a orientação política, geral ou específica, do Governo; basta uma lei de grande importância, um fato internacional ou um acontecimento interno para que questão da orientação política geral do Governo e, se for o caso, a noção de censura, novamente se coloquem"<sup>7</sup>.

Pode-se ainda destacar outra circunstância como fator coadjuvante desta fuga do Orçamento do âmbito do Parlamento e da sua conseqüente mudança de orientação: a crescente especialização exigida para a elaboração das leis, em conseqüência do maior tecnicismo destas e a predominância, cada dia maior, da burocracia, são a razão pela qual os Parlamentos não podem fazer muito mais do que indicar as grandes diretrizes políticas, conservando suas faculdades neste terreno, ao mesmo tempo em que correm o risco de perder todo o controle sobre o aspecto técnico<sup>8</sup>.

Esta mudança que se está produzindo na orientação do Orçamento se traduziu em um novo rumo na relação ao que tradicionalmente o Orçamento significa como planejamento e controle na atividade econômica do Estado. Isso não pode, no entanto, ser entendido como uma subestimação do papel do Orçamento. Como escreveu Sainz de Bejanda "é legítimo que a Administração reforce seus poderes para satisfazer o interesse geral que hoje reclama níveis de vida mais elevado. Mas, e se a Administração se equivocasse em suas avaliações? E se fosse arbitrária? A única garantia do indivíduo, o único meio à sua disposição, no qual assenta sua segurança, é a lei que é elaborada pelo órgão que ostenta a representação nacional, o qual, ao mesmo tempo, vela pela observância"<sup>9</sup>.

O Orçamento, pode-se dizer, mudou de signo, a influência do Parlamento mudou. Mas o Orçamento continua sendo fundamental; é necessário "um plano que aglutine e sirva de embasamento para a gigantesca atividade que desenvolve o Estado e um controle que torne público e fiscalize a oportunidade e a economicidade das funções que o Estado se propõe a desempenhar"<sup>10</sup>. Acontece que planejamento e fiscalização significam hoje bem mais do que tradicionalmente significavam, o que determina a necessidade de formulação de novos princípios orçamentários<sup>11</sup>.

As reflexões anteriores sobre o significado jurídico-político do Orçamento, servem para definir a orientação que, até o momento presente têm seguido, de modo predominante, os estudos do direito orçamentário. Tais estudos se têm concentrado nas questões relativas à aprovação, execução e fiscalização (em suas diversas formas) do Orçamento. Ou seja, tem-se estudado o Orçamento do ponto de vista jurídico-político, no qual ocupam o primeiro plano as relações que, em matéria orçamentária, existem entre os diferentes poderes do Estado. E o fato de que tais questões se achem normalmente contempladas em normas de nível constitucional tem determinado que, em boa medida, os estudos de direito orçamentário se tenham originado do campo de direito constitucional.

Por isso, vem ocorrendo, nos últimos tempos, uma mudança nos estudos do direito orçamentário: ao mesmo tempo em que, por sistemática, se reivindica sua análise para os cultores do direito financeiro, se postula também uma mudança de rumo em seu conteúdo, sem que por isso se deixem de estudar seus aspectos tradicionais; refiro-me à crescente importância que se atribui ao estudo da despesa pública, devolvendo-se, segundo alguns autores, o direito orçamentário ao direito da despesa pública. Na literatura espanhola essa proposta já foi apresentada por Rodriguez Bereijo<sup>12</sup>, em 1969, com as seguintes palavras: "Nos ordenamentos jurídicos em que o sistema tributário é de caráter permanente e não vige o princípio da anualidade do imposto, pode-se dizer que não tem muito sentido, a rigor (...) falar de 'direito orçamentário', entendido como ordenação financeira do Estado e dos demais antes públicos visando à obtenção de receita e à distribuição das despesas necessárias ao funcionamento dos serviços públicos e à satisfação das demais necessidades coletivas. E isto, porque hoje, em nosso ordenamento, o Orçamento, instituição jurídica fundamental do direito público, não se constitui numa ordenação jurídica mas, sim, contábil, da receita pública (tributos), de vez que não cria nem disciplina a forma de seu estabelecimento e cobrança (...). Por isso, em lugar de sua denominação tradicional e abrangente de direito orçamentário talvez fosse preferível (...) falar de direito da despesa pública". Posteriormente Rodriguez Bereijo voltou a insistir nesta mesma idéia em seu último livro<sup>13</sup>.

Nesta mesma linha de pensamentos se move também Albiñana Garcia Quintana: "... talvez tenha chegado o momento — escreve, de o direito orçamentário se restringir às fases de elaboração e aprovação do Orçamento — de grande conteúdo político, passando o direito da despesa pública a abranger todas as instâncias desta última, na certeza de que tal procedimento haverá de dinamizar a sistematização e até mesmo a construção dogmática

deste incipiente ramo jurídico<sup>14</sup>. E mais adiante, no tocante à maneira pela qual esta disciplina deve ser entendida, escreve: “O direito da despesa pública não a entenderia como novo procedimento na execução do Orçamento da despesa pública mas, sim, a consideraria como função, na certeza de que se asseguraria sua construção doutrinária, da mesma forma como ocorreu com o direito tributário<sup>15</sup>”.

A elaboração de uma teoria da despesa pública apresenta, na opinião de Rodriguez Bereijo<sup>16</sup> um duplo interesse: “Interesse dogmático, porque teria permitido canalizar os esforços dos publicistas no sentido da elaboração de uma teoria jurídica, que em grande parte está ainda por fazer e que contribuiria, sem dúvida, para dar maior unidade e homogeneidade de conteúdo ao discutido direito financeiro, ao dotar, paralelamente ao que ocorre no campo da receita tributária, de uma teoria jurídica a outra vertente fundamental da atividade financeira que é a despesa; interesse prático, pela enorme relevância que a despesa pública está adquirindo nas novas funções hoje atribuídos à Fazenda intervencionista”.

Esta tendência para dinamizar o estudo jurídico da despesa pública, além de redundar em melhor conhecimento da matéria, haverá de ter como consequência, tal como aconteceu, a seu tempo, com direito tributário, o desenvolvimento de um aspecto fundamental e por amplos setores da doutrina: refiro-me aos critérios da justiça na despesa pública.

Até este momento, pode-se dizer que todos os estudos sobre a despesa pública têm tido como ponto de referência a sua legalidade. Mas é bem sabido, e é desnecessário insistir sobre esse ponto, que legalidade e justiça não são absolutamente conceitos eqüivalentes. E este aspecto, o da justiça na despesa pública, é um dos que mais intensamente preocupa a doutrina atual.

Com toda razão afirmava, faz alguns anos, o professor Cortes Dominguez que de nada serve falar de justiça na arrecadação tributária se ao mesmo tempo não se garante a justiça na despesa pública. À mesma necessidade de que a justiça financeira produza seus efeitos tanto na arrecadação quanto na despesa faz referência também Perez de Ayala<sup>17</sup>. Do mesmo modo, tal preocupação está constantemente presente em toda a obra de Rodriguez Bereijo<sup>18</sup>. Finalmente, e para citar um autor representativo dessa tendência na doutrina italiana, há que se menciona Abbamonte<sup>19</sup>.

Não é este o momento de entrar no exame desta problemática<sup>20</sup>, mas, apenas, de deixar registrado que, provavelmente, uma das maiores dificuldades para a constitucionalização dos critérios de justiça na despesa pública resulta de atribuir às decisões de despesa pública natureza estritamente polí-

tica, o que impossibilitaria sujeitá-la a critérios de justiça material<sup>21</sup>. No entanto, como argumentaremos alhures, parece impossível que o legislador possa subtrair-se ao conjunto de interesse, valores, e necessidades que a *Constituição* assinala como objetivos para toda a comunidade e vinculadores do ordenamento jurídico<sup>22</sup>.

No entanto, por outra parte, é óbvio que a discussão sobre a possibilidade de princípios de justiça na despesa pública talvez seja hoje excessiva, à vista do que dispõe o artigo 31 da *Constitución Española de 1978*<sup>23</sup>, segundo o qual a despesa pública deve efetuar uma distribuição eqüitativa dos recursos públicos. O problema agora reside em desenvolver este preceito de modo a que se possa vincular a despesa pública à consecução do objetivo da justiça que a *Constituição* proclama.

A inclusão deste preceito no texto constitucional aparece, assim, como a culminação de um longo percurso iniciado pela doutrina e somente concluído em nosso texto constitucional, ao fim de seu processo de elaboração, uma vez que, como é sabido, tal norma não figura no anteprojeto, o que motivou profundas e ponderadas críticas<sup>24</sup>.

Dessa maneira, sem esquecer os aspectos de legalidade da despesa pública, o seu caráter de justiça passa a ocupar um primeiríssimo plano. E será esta uma das questões que com mais intensidade há de alterar o futuro — o desenvolvimento do direito da despesa pública que, como vimos, toda a doutrina, cada dia, postula de forma mais generalizada.

## *Outros conteúdos do direito financeiro:*

### *O Direito patrimonial do Estado e o crédito público*

Em páginas anteriores, ocupamo-nos do direito orçamentário como ramo do direito financeiro. Juntos, o direito tributário e o direito orçamentário, não só têm maior transcendência no direito positivo e na atividade financeira do Estado, como também, e por isso mesmo, alcançaram, embora com intensidade diversa, um maior grau de desenvolvimento dogmático, a tal ponto que, para muitos autores, o direito financeiro se esgota no exame dessas duas áreas do ordenamento jurídico.

Apesar disso, dada a configuração do direito financeiro como o conjunto de normas que coloca à disposição da entidade pública os recursos necessários para o cumprimento de suas finalidades, e com base no que dispõe o artigo 22 da *Ley General Presupuestaria*<sup>25</sup>, não seria possível deixar de fazer,

ainda que brevemente, menção ao direito patrimonial do Estado e ao direito do crédito público.

É certo que nenhum destes dois setores do ordenamento financeiro alcançou o desenvolvimento conceitual atingido pelo direito tributário ou pelo direito orçamentário. Daí dificilmente poder-se falar de uma 'teoria do crédito público' e menos ainda de uma 'teoria do patrimônio do Estado'. Mas o fato de que aquele setor da doutrina do direito financeiro incluía entre suas obras o estudo dessas categorias de recursos financeiros, faz nascer a esperança de que, no futuro, se possa dispor de um arcabouço conceitual para tais recursos.<sup>26</sup>

No que concerne ao crédito público, a contribuição feita em 1967 pelo professor Ferreiro foi e continua sendo fundamental para que se possa avançar em sua construção jurídica<sup>27</sup>.

Quanto ao direito patrimonial, dificuldade essencial reside, de um lado, na diversidade de normas — públicas e privadas, que regulam o patrimônio do Estado; de outro, na própria diversidade e funcionalidade de tais elementos, pois que, ao lado da propriedade territorial, florestal e mineira (cujas normas fundamentais se encontram no texto da *Ley de Bases del Patrimonio del Estado*, de 15 de abril de 1964), estão os rendimentos das organizações comerciais autônomas e das entidades estatais, em relação às quais, no que diz respeito ao regime de seus bens, se terá que ter em conta o disposto na *Ley de Entidades Estatales Autonomas*, de 25 de novembro de 1958. Tampouco pode ficar sem menção a *Ley General Presupuestaria*, de 4 de janeiro de 1977, que dá vigência às organizações autônomas de caráter comercial cuja existência foi anteriormente assinalada na *Ley de Entidades Estatales Autonomas*. Estas organizações aparecem classificadas no artigo 4.º da *Ley General Presupuestaria* como organizações autônomas de caráter administrativo e organizações autônomas de caráter comercial, industrial, financeiro ou análogos.

No entanto, em que pese esta inequívoca diversidade, não resulta, de forma alguma impossível, uma construção unitária do direito patrimonial do Estado, se para tanto partimos da perspectiva jurídico-financeira que ele apresenta. E é justamente esta perspectiva que tem faltado à análise, na medida em que se enfatiza a marcante presença que, neste setor do ordenamento, têm as normas e os conceitos de direito privado e a forma do Estado atuar como um particular.

Pois bem, nem a natureza privada de muitas das normas que o direito patrimonial do Estado contempla, nem o fato de que este, em inúmeras ocasiões, pareça apresentar-se como mais um empresário, impedem uma visão unitária e financeira do fe-

nômeno patrimonial do Estado se partimos de que "essas situações jurídicas em que o Estado se pode encontrar (por exemplo: as de proprietário, vendedor, empresário, acionista), que lhe proporcionam receita e que aparentemente se regem totalmente pelo direito privado, se alinham e se explicam melhor se tivermos em conta que resultam da existência, na Fazenda Pública — central ou local, de certos recursos cuja organização jurídica se apresenta amplamente dominada por normas de direito público, na realidade, normas jurídico-financeiras"<sup>26</sup>. A partir desta proposição de Sainz de Bujanda, é possível penetrar na problemática suscitada por este setor do ordenamento, e explicar o papel que cabe ao direito privado, tão supervalorizado, até o momento, e explicar, ainda, a verdadeira natureza dessa receita que também, até agora, vinha sendo qualificada como de direito privado. Sobre ambas as questões pronunciou-se o referido professor em alguns parágrafos que merecem ser transcritos.

A respeito da primeira questão, escreve<sup>27</sup>: "Quando nos aprofundamos na ordenação desses institutos, percebemos de imediato que o que neles predomina e lhes confere autêntica configuração é, justamente, a presença de um conjunto de técnicas, de privilégios, de prerrogativas de fórmulas de desenvolvimento e, sobretudo, de princípios diretores e orientadores de clara origem publicista, precisamente por se tratarem de institutos orientados diretamente à consecução de fins comunitários e não, como é próprio do direito civil, à proteção e defesa de direitos privados no seio da comunidade. Esclarecido este ponto, explica-se o fenômeno do deslocamento das normas reguladoras dos mencionados institutos do campo do direito privado para o direito público e, conseqüentemente, a função subsidiária do primeiro, que começa a ser explicitamente formulada nos textos legais (por exemplo: no artigo 2.º da *Ley del Patrimonio del Estado*, de 15 de abril de 1954, no que se refere aos bens de domínio público e que provavelmente será mais ainda no futuro (por exemplo: quando se baixe o estatuto jurídico da empresa pública, tantas vezes anunciado). Resulta, pois, para citar somente um dos exemplos mais característicos, que o regime jurídico da propriedade pública deixou de ser, como ocorria antigamente, o mesmo regime jurídico da propriedade privada, acrescido de certas 'especialidades', ou seja, uma ou várias 'propriedades especiais', para configurar um regime jurídico autônomo, dotado de seus próprios princípios e de seus textos positivos correspondentes, que é o regime comum deste tipo de propriedade, sem prejuízo da missão normativa subsidiária que se reserva ao direito privado neste âmbito".

E, mais adiante, ao referir-se aos rendimentos das organizações comerciais autônomas, e das enti-

dades estatais, escreve: "A empresa pública, produtora de bens e serviços que, em troca de um preço, os oferece ao mercado, constitui-se numa modalidade de recurso financeiro, caracterizado como tal, no contexto daquilo que, antes, chamamos, em sentido amplo, de Patrimônio do Estado, o que oferece base adequada para que os rendimentos que esse recurso produza se apliquem, no momento em que afluem para o Tesouro, como recita de direito privado. Trata-se de uma mutação terminológica que, sem negar a função que pode caber ao direito privado na obtenção dessa receita, aspira, no entanto, a vinculá-la dentro de uma construção sistemática a uma das figuras — a empresa pública que compõe o patrimônio estatal, fortemente reivindicado, em seu conjunto, pelos esquemas organizacionais do direito público. De tal sorte, insistimos, que a receita derivada da empresa pública não se obtém, como em geral se afirma, em regime de direito privado, mas sim em regime jurídico-financeiro na realidade, no regime próprio do patrimônio público, um de cujos ingredientes são as modalidades de atuação contratual nascidas do direito privado e instrumentalmente assumidas — com todos seus corretivos indispensáveis, pela esfera de atuação estatal"<sup>28</sup>.

Entendemos que somente ressaltando não o que de jurídico-privado existe no regime jurídico do Patrimônio do Estado, mas, sim, o que nele existe de jurídico-financeiro, resulta possível uma construção unitária de toda essa variedade de elementos em que o referido Patrimônio consiste.

Dessa forma resulta completa uma visão global do direito financeiro como direito da Fazenda Pública, integrando-se nesta, juntamente com as demais receitas públicas-tributárias e rendimentos das dívidas públicas, os rendimentos patrimoniais, se bem que se deva advertir, como assinala Sainz de Bujanda<sup>29</sup>, que ao direito financeiro não compete examinar apenas esse resultado ou desenlace — a receita, mas, sim, a conformação jurídica global do instituto em questão.

## Notas

1. SISTEMA de derecho financiero, pág. 472.
2. Idem.
3. Ver la Ley del presupuesto en la *Constitución Española de 1978* na obra coletiva *HACIENDA y Constitución*. Madrid, 1979. p. 163.
4. LA LEGGE di Bilancio. Milano, 1969. p. 3-4.
5. Sobre este tema pode-se consultar, com vantagem, MADRI, Gonzales Garcia. Capítulo 1º *Introducción al derecho presupuestario*. Madrid, 1970.

6. Vide BEREIJO, Rodrigues. *La Ley presupuestá...* p. 169.
7. Obra citada, p. 167.
8. Vide GARCIA, Gonzalez. *Introducción al derecho presupuestario*. Madrid, p. 56-57.
9. Vide Organización política y derecho financiero, IN: *Hacienda y Derecho*. V. 1, p. 321.
10. Vide GARCIA, Gonzalez. *Introducción al derecho presupuestario*. p. 35-36.
11. No tocante aos novos princípios orçamentários, vide GARCIA, Gonzalez, *Introducción al derecho presupuestario*.
12. *El Presupuesto del Estado*. *Introducción al derecho presupuestario*, Madri, 1970. p. 198.
13. GARCIA, Gonzalez. *Introducción al derecho presupuestario*. p. 172 ss.
14. *Derecho financiero y tributario...*, p. 63. A favor da configuração de um direito da despesa pública se mostra também PEROGORDO, Bayona de. *Presupuesto y gasto publico*. 1979. N. 3. O próprio surgimento desta revista patrocinada pelo Instituto de Estudos Fiscais, é também uma demonstração da nova tendência a que nos estamos referindo.
15. *Derecho financiero y tributario*. p. 95.
16. GARCIA, Gonzalez. *Introducción al derecho presupuestario*. p. 178.
17. Estudio preliminar a *La Introducción al derecho presupuestario* de Gonzalez Garcia, citado, p. 73.
18. *Introducción al derecho presupuestario*. p. 99 e ss.
19. *Principi di diritto finanziario...*, p. 17 e ss., 99 e ss.
20. Na nossa doutrina, o estudo mais completo é de Rodriguez Bereijo, ao qual fazemos remissão, op. e loc. citado. Também SUSA, Antonaya, critérios rectores de La Aplicación del gasto publico, em *Hacienda y Constitución*. p. 247 e ss.
21. Neste sentido ARCHE, Vicente. *Notas sobre el gasto publico y Contribución a sostenimiento*. IN: *La Hacienda publica*.
22. Refutando esta tese que defende a impossibilidade de constitucionalizar certos princípios de justiça material na despesa pública, vejamos os trabalhos citados de Rodriguez Bereijo, e Antonaya.
23. ESPAÑA. Ley, decreto, etc. *Constitucion Española de 1978*.
24. BEREIJO, Rodriguez. Derecho financiero, gasto publico y tutela de los intereses comunitarios. IN: *Estudios sobre el Proceso de Constitución*. Madri, 1978. p. 349 e ss.
25. Lei Geral sobre Orçamento.
26. Neste sentido, e de acordo com doutrina, as *Lecciones de derecho financiero* de Sainz de Bujanda, e o *Curso de derecho financiero español* de Ferreiro. Ultimamente Albinana Garcia Quintana, em seu *Derecho financiero y tributario*, ocupou-se também do endividamento público, embora não tratasse do direito patrimonial do Estado.
27. Analisis juridico de la deuda publica. *Revista de Administración Publica*. (13), 1967.
28. Vide BUJANDA, Sainz de. *Lecciones de derecho financiero*. p. 100 e 101.
29. BUJANDA, Sainz de. *Lecciones de derecho financiero*. p. 101.
30. *Ibid.*, p. 111.
31. *Ibid.*, p. 102.