

A INSUSTENTÁVEL INCERTEZA NO DEVER-SER: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários

Renato Monteiro de Rezende

A INSUSTENTÁVEL INCERTEZA NO DEVER-SER: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários

Renato Monteiro de Rezende¹

1 Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário. E-mail: renatomr@senado.leg.br

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

REZENDE, R. M. de. **A Insustentável Incerteza no Dever-Ser: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 231). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 11 de abril de 2017.

A INSUSTENTÁVEL INCERTEZA NO DEVER-SER: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários

RESUMO

Segundo a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, leis que disponham sobre criação, extinção ou atribuições de órgãos do Poder Executivo, ou, de forma mais lata, sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, sujeitam-se à reserva de iniciativa do Chefe daquele Poder. Nos últimos 15 anos, porém, a Corte restringiu o alcance dessa reserva em alguns de seus julgados, em casos nos quais lei de autoria parlamentar criava atribuições sem identificar o órgão que as deteria, impunha ônus financeiros sem referência à execução material de uma política pública pela própria Administração, ou quando a atividade desenvolvida era vista como um encargo de menor monta para o órgão. Essa inflexão jurisprudencial, além de pouco representativa numericamente, não veio acompanhada de uma exposição clara das razões que motivariam a mudança de entendimento. Tampouco impediu que o Tribunal continuasse se guiando pelo entendimento tradicional em casos posteriores. Sob o pressuposto de que não houve de fato uma alteração da jurisprudência do STF, o estudo examina se a reserva de iniciativa se aplicaria a leis que instituem fundos geridos pelo Poder Executivo, concluindo afirmativamente, por considerar que leis com esse conteúdo dispõem sobre atribuições de órgãos e sobre o funcionamento da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: iniciativa reservada de leis; Poder Executivo; controle de constitucionalidade; criação de fundos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 A RESERVA DE INICIATIVA DE LEIS CONFERIDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA .	2
1.1. A JURISPRUDÊNCIA TRADICIONAL DO STF SOBRE O TEMA	2
1.2. SINAIS DE UMA INFLEXÃO JURISPRUDENCIAL.....	8
1.3. REAFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO TRADICIONAL DA CORTE.....	14
2 CRIAÇÃO DE FUNDOS ORÇAMENTÁRIOS E RESERVA DE INICIATIVA.....	22
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

A INSUSTENTÁVEL INCERTEZA NO DEVER-SER: reserva de iniciativa de leis, jurisprudência oscilante e a criação de fundos orçamentários

INTRODUÇÃO

Não raro parlamentares apresentam proposições legislativas com o objetivo de criar fundos orçamentários ou modificar seu funcionamento ou suas fontes de financiamento. Há quem defenda a viabilidade dessas iniciativas. Já da parte dos críticos, dois óbices costumam ser levantados contra a autoria parlamentar de projetos que autorizam a instituição de fundos orçamentários. O primeiro se vale do art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição: como a administração de fundos orçamentários necessariamente deve ser atribuída a um órgão público, lei que disponha sobre o tema criará atribuições para tal órgão, e, como tal, estará sujeita à reserva de iniciativa em favor do Presidente da República. O segundo argumento se baseia no art. 165, III, da Constituição: como a criação de fundo produz efeitos sobre o orçamento público, o correspondente processo legislativo somente poderá ser deflagrado pelo Chefe do Poder Executivo.

O presente trabalho tem por escopo analisar criticamente esses dois argumentos, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao tema. Quando nos propusemos a escrever sobre o assunto, imaginávamos que o exame da jurisprudência do STF a respeito da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo em termos mais gerais seria um incontornável pedágio a ser pago para o esclarecimento da controvérsia específica quanto à iniciativa de leis sobre fundos. O preço, no entanto, foi mais alto do que esperávamos. As dimensões assumidas pela análise daquela questão prévia talvez justificassem o seu destaque como um estudo autônomo. Entretanto, como seu enfrentamento provou ser um pressuposto para as conclusões formuladas acerca da existência de reserva de iniciativa para leis instituidoras de fundos, havemos por bem manter inalterado o plano original.

Na primeira seção, analisaremos a evolução do posicionamento do STF sobre a reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo na vigente ordem constitucional, destacando as flutuações jurisprudenciais havidas nos últimos anos. À luz das conclusões extraídas, a segunda seção se dedicará a avaliar a procedência dos argumentos no sentido da inconstitucionalidade de leis de autoria parlamentar que instituem fundos orçamentários.

1 A RESERVA DE INICIATIVA DE LEIS CONFERIDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

1.1. A JURISPRUDÊNCIA TRADICIONAL DO STF SOBRE O TEMA

A reserva de iniciativa legislativa em favor do Chefe do Poder Executivo é regulada, basicamente, pelos seguintes dispositivos da Constituição de 1988: inciso X do art. 37¹, § 15 do art. 40², § 1º do art. 61³ e art. 165⁴. Embora o STF possua jurisprudência no sentido de que *a iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa*, devendo *necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca* (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIMC nº 724, DJ de 27.04.2001), fato é que a Corte tem feito tradicionalmente uma exegese teleológica dos dispositivos constitucionais que conferem tal iniciativa, para aplicá-los a situações que vão além da literalidade do texto.

¹ Art. 37, X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

² Art. 40, § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

³ Art. 61. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II – disponham sobre: *a)* criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; *b)* organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; *c)* servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; *d)* organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; *e)* criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; *f)* militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

⁴ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. [...]

Exemplo disso temos na alínea *a* do inciso II do § 1º do art. 61 da Carta Magna, segundo a qual são de iniciativa privativa do Presidente da República leis que disponham sobre criação de cargos, funções e empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração. Interpretado o dispositivo em sua literalidade e de forma estrita, não haveria reserva de iniciativa para leis que, em lugar de criar cargos, apenas lhes alterassem a nomenclatura, conferissem-lhes mais atribuições, previssessem novos requisitos para investidura em tais cargos ou para a progressão na respectiva carreira, modificassem as parcelas da respectiva remuneração (sem aumentá-la), ou mesmo a reduzissem.⁵ Sem embargo, entende-se que, quando a mencionada alínea *a* alude à *criação de cargos*, finda por atribuir a reserva de iniciativa a todos os assuntos vinculados às qualificações do cargo, nomenclatura, atribuições⁶, remuneração⁷, requisitos/condições para a investidura⁸ ou progressão na carreira⁹.

Em sua literalidade, a mencionada alínea *a* também excluiria da reserva de iniciativa leis que dispusessem sobre a criação de cargos na administração fundacional. Por outro lado, o dispositivo fala de cargos “na administração direta”. E os órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário também integram a administração direta (*caput* do art. 37 da Constituição). Nem por isso se conclui que cargos integrantes da

⁵ Os servidores públicos são protegidos pela regra da irredutibilidade (art. 37, XV, da Constituição), mas nada impede que, preservada a situação concreta, seja reduzida por lei a remuneração do cargo abstratamente considerada. No caso de cargos em comissão, sequer se pode invocar a regra da irredutibilidade.

⁶ Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.232 (DJ de 03.10.2008), o STF, reafirmando sua pacífica jurisprudência sobre o tema, declarou inconstitucional lei do Estado de Tocantins que autorizava o Governador a, por meio de decreto, criar cargos públicos e a fixar suas denominações, atribuições e remunerações. Conforme decidiu a Corte, tais matérias devem ser disciplinadas **em lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo**, e não em decreto.

⁷ Como decidiu o STF no julgamento da ADI nº 126 (DJ de 05.06.1992), a iniciativa de lei para a fixação de vencimentos de cargos consiste em *corolário lógico do poder de propor a criação de cargos*. Outrossim, no julgamento da ADI nº 2.892 (DJ de 26.03.2004), o STF declarou inconstitucional lei do Estado do Espírito Santo, de iniciativa parlamentar, que modificava a remuneração de cargos de autarquia estadual.

⁸ No julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.856 (DJ de 30.04.2004), o STF, com fulcro na regra de reserva de iniciativa, suspendeu a eficácia de lei do Estado do Espírito Santo, de autoria parlamentar, que dispunha sobre a necessidade de diploma de graduação em curso superior para a investidura no cargo de Agente de Polícia. Mesmo quando o vício se verifica em leis que disciplinam cargos específicos, o STF tende a vislumbrar, como no caso citado, ofensa à alínea *c* do inciso II do § 1º do art. 61 da Carta Magna. Entendemos que a remissão correta deveria ser feita à alínea *a*, haja vista que o “regime jurídico” referido na alínea *c* é, a nosso ver, o mesmo citado no art. 39 da Constituição (o regime jurídico único), ou seja, um conjunto de normas aplicáveis aos servidores em geral e não a carreiras e cargos específicos. De qualquer modo, a mudança de fundamentação não altera a conclusão pela inconstitucionalidade.

⁹ Cf. ADI nº 2.867 (DJ de 09.02.2007), na qual o STF declarou inconstitucional lei do Estado do Espírito Santo, de iniciativa parlamentar, que estabelecia requisitos para a promoção de praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar.

administração fundacional poderiam ser criados por lei de iniciativa parlamentar, tampouco que seria privativa do Presidente da República a iniciativa de lei criadora de cargos na estrutura dos outros Poderes, mesmo porque os preceitos constitucionais não podem ser lidos de forma isolada, e outros dispositivos preveem a iniciativa das casas legislativas e dos tribunais para os atos normativos de criação dos cargos de sua estrutura (art. 51, IV, 52, XIII, e 96, II, *b*, da Constituição).

Os exemplos não param na citada alínea *a*. O art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição fala de leis que disponham sobre servidores públicos. A prosperar a exegese literal da alínea, leis que dispusessem sobre empregados públicos não seriam de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Entretanto, a interpretação constitucional deve buscar atender à finalidade da norma¹⁰, inclusive (mas não somente) porque a redação do texto constitucional nem sempre prima pela precisão técnica.

As limitações no âmbito de incidência da norma constitucional que resultariam de uma interpretação literal do art. 61, § 1º, II, *c*, da Lei Maior não encontram guarida na jurisprudência do STF. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 270 (DJ de 30.04.2004), a Corte declarou inconstitucional norma de constituição estadual que previa benefícios para servidores e empregados públicos da Administração Indireta contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Em seu voto, o Relator observou: *o fundamento do vício de iniciativa previsto no artigo 61, II, alíneas c e e, da Carta da República, basta, de per si, para considerar procedente a arguição.*

Já no julgamento da ADI nº 3.403 (DJ de 24.08.2007), o STF declarou inconstitucional lei de autoria parlamentar que impunha às empresas públicas paulistas a obrigação de realizar anualmente exame de sangue em seus empregados, para verificação dos índices de colesterol e triglicérides. Em seu voto, o Relator observou que *a declaração de inconstitucionalidade é conclusão necessária da constatação de ofensa ao art. 61, § 1º, c, da Constituição Federal.* Concluiu, portanto, que a referência a “servidores públicos” feita naquele dispositivo abrangeria também os empregados de

¹⁰ Como acentuou Carlos Maximiliano, *o fim para que foi inserto o artigo na lei sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa, dele procure-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese (Interpretação e aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 255-6).*

empresas estatais. Aliás, em diversas passagens, o voto alude a “servidores de empresas públicas”¹¹.

Um terceiro exemplo de que a interpretação literal de preceitos constitucionais relativos à reserva de iniciativa legislativa nem sempre é a mais adequada (ou a mais aceita pelo Poder Judiciário) encontramos na alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição, segundo a qual são de iniciativa privativa do Presidente da República leis que disponham sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. O preceito fala apenas em Ministérios e outros órgãos, o que, numa exegese literal, compreenderia apenas subdivisões internas de uma pessoa jurídica estatal. Ademais, alude somente à criação e extinção de tais órgãos, não se referindo à previsão de suas atribuições¹². Nem por isso o STF tem deixado de considerar inconstitucionais leis de autoria parlamentar que criam entidades da Administração Pública (ainda na ordem constitucional anterior, Representação nº 1.357, DJ de 20.03.1987, e mais recentemente ADI nº 2.750, DJ de 26.08.2005) ou alteram atribuições de tais entidades ou de órgãos da Administração Direta (ADIMC nº 1.391, DJ de 28.11.1997; ADI nº 2.329, DJ de 25.06.2010; ADI nº 2.730, DJ de 28.05.2010).

Com base na mesma alínea *e*, o STF desenvolveu jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade de leis de autoria parlamentar que dispusessem sobre políticas públicas, atribuindo competências ao Poder Executivo. E a conclusão valia mesmo quando a lei não indicasse expressamente um órgão da estrutura do Poder Executivo incumbido de executar a política pública. Vejamos alguns arestos ilustrativos desse posicionamento.

¹¹ Na doutrina, também se usa a expressão “servidores estatais” para designar um gênero que abrangeria não apenas os servidores das pessoas jurídicas de Direito Público, mas também os empregados das entidades da Administração Indireta com personalidade jurídica de Direito Privado. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 242).

¹² A própria criação do órgão envolve a definição de atribuições, pois um órgão não é mais do que um plexo de competências. A interpretação literal, contudo, afastaria a reserva de iniciativa para leis que estatuíssem novas atribuições para um dado órgão. E não se pode dizer que, pela redação dada ao art. 84, VI, *a*, da Constituição pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que conferiu competência ao Presidente da República para dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração federal, todas as atribuições de órgãos do Poder Executivo poderiam ser definidas em decreto. Tendo em vista o princípio da legalidade (art. 5º, II, e art. 37, *caput*, da Constituição), medidas da Administração Pública que acarretem restrições à liberdade e à propriedade dos administrados devem encontrar fundamento em lei, lei esta que confere competência aos órgãos e entidades da Administração Pública para implementar tais medidas.

No julgamento da ADIMC nº 2.799 (DJ de 21.05.2004), o Tribunal suspendeu a eficácia de lei estadual que criou programa de desenvolvimento, atribuindo sua gestão à Secretaria de Agricultura.

Já no exame da ADIMC nº 2.405 (DJ de 17.02.2006), o Tribunal, vislumbrando a existência de vício de iniciativa, suspendeu a eficácia de dispositivos de leis estaduais de autoria parlamentar que previam deveres para órgãos do Poder Executivo, bem como a instituição de programa especial, junto a banco estadual, para a concessão de financiamentos. Especificamente em relação ao referido programa, o relator da ADI observou, no julgamento: *cuida-se de dispositivo que impõe ao Governador um dever relacionado à adoção de uma política pública, o que interfere em suas prerrogativas de Chefe da Administração, em patente violação à separação de poderes, consagrada no art. 2º da Carta da República.*

Noutra assentada, no julgamento da ADI nº 1.144 (DJ de 08.09.2006), o STF considerou inconstitucional lei estadual de autoria parlamentar que criou programa de iluminação pública. O ato impugnado, além de detalhar em que consistiria o programa, dispunha sobre a sua fonte de financiamento (dotações orçamentárias e contribuições dos municípios) e sobre o Conselho de Administração, órgão do Poder Executivo incumbido de gerir o programa. A Corte entendeu que, sendo inconstitucionais, por vício de iniciativa, as disposições relativas às fontes de financiamento e ao órgão gestor, as demais previsões da lei deveriam ser consideradas inconstitucionais por arrastamento.

A ausência de indicação do órgão do Poder Executivo incumbido de executar a política pública não representou óbice para que o STF, no julgamento da ADI 2.808 (DJ de 17.11.2006), considerasse inconstitucional, por violação da reserva de iniciativa, lei estadual de autoria parlamentar que criou polo estadual de música erudita. Dita lei estabelecia que as atividades desenvolvidas no polo ficariam *sob a coordenação do órgão competente do Governo do Estado*. Na ocasião, o Ministro Carlos Britto divergiu, em parte, do restante do colegiado, não vislumbrando violação da reserva de iniciativa na criação, em si, do polo, ao afirmar: *a lei sob censura não está criando nenhum órgão, mas inserindo uma atividade objetiva, um programa, em órgão já existente*. Especificamente quanto à ausência de designação do órgão ao qual competiria executar o programa, asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence: *nem me impressiona muito esse problema da atribuição de geri-lo a um órgão do Executivo, porque essa referência*

genérica a órgão competente – a Secretaria de Cultura – é o óbvio ululante: não poderia ser o DETRAN o encarregado desse polo de música.

Na apreciação da ADI nº 3.178 (DJ de 02.03.2007), a possibilidade de se instituir política pública por lei de autoria parlamentar, sem que se crie órgão no Poder Executivo, voltou a ser discutida no STF. Na ocasião, foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criava programa de saúde itinerante, atribuía à Secretaria de Saúde a sua administração e determinava que as leis orçamentárias anuais fizessem constar recursos para a sua execução. A Corte vislumbrou ofensa ao art. 61, § 1º, II, *e*, bem como ao art. 165, III, da Constituição. Sem discordar das conclusões do relator quanto à violação da reserva de iniciativa em matéria orçamentária, o Ministro Carlos Britto pontuou, contudo, não reputar inválida *lei, de iniciativa de qualquer parlamentar, que institua política pública no âmbito de órgão estatal ou de entidade preexistente, desde que essa lei não crie fundo, redundantemente, financeiro para o implemento dessa política pública.* Não se estendeu quanto às razões que fariam com que a lei de autoria parlamentar, criadora de fundo, fosse inconstitucional.

Na ADI nº 3.180 (DJ de 15.06.2007), o STF reconheceu a nulidade de lei estadual de autoria parlamentar que criou sistema estadual de avaliação da satisfação do usuário de serviços públicos, cuja gestão foi atribuída a duas Secretarias do Poder Executivo.

Já no julgamento da ADI nº 2.857 (DJ de 30.11.2007), o STF declarou inválida, por vício de iniciativa, lei estadual de autoria parlamentar que dispôs sobre a inclusão de nomes de pessoas inadimplentes para com a fazenda estadual em cadastros públicos e privados de inadimplentes, atribuindo à Secretaria de Fazenda e a banco estatal obrigações de promover a comunicação e a inclusão dos nomes das pessoas nos referidos cadastros.

Mesmo leis de autoria parlamentar que não instituíam propriamente uma política pública, mas estabeleciam algumas rotinas administrativas, foram consideradas inconstitucionais pelo STF, com base na mesma alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição, como se verificou no julgamento da ADI nº 2.305 (DJ de 05.09.2011).

A jurisprudência sobre o assunto reúne alguns casos prosaicos. Na ADIMC nº 2.443 (DJ de 29.08.2003), a Corte considerou inconstitucional lei estadual de autoria parlamentar que determinava a unificação, em um mesmo número telefônico, dos

serviços de atendimento a emergências no Estado. Já no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 875.337 (DJ de 17.04.2015), decisão recente do Ministro Gilmar Mendes negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça que havia declarado a inconstitucionalidade de lei municipal de autoria parlamentar que dispunha sobre o consumo de chimarrão no âmbito das repartições públicas. A lei limitava-se a: autorizar o consumo de chimarrão, durante o expediente, em todas as repartições públicas municipais (inclusive na Câmara Municipal); vedar aos gestores quaisquer proibições que atentassem contra o consumo do chimarrão; incumbir ao Poder Público Municipal executar ações de incentivo ao consumo de chimarrão no município. Não havia na lei qualquer determinação dirigida especificamente a um órgão da estrutura do Poder Executivo. Na decisão, considerou-se que lei como essa padecia de inconstitucionalidade formal, por infringência ao art. 61, § 1º, II, *e*, da Carta Magna.

Extraem-se desse repertório jurisprudencial as seguintes conclusões sobre o entendimento historicamente prevalente no STF acerca do alcance da reserva de iniciativa para a criação de órgãos da Administração Pública: *i*) a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de iniciar o processo legislativo vale não apenas no caso de criação de órgãos, mas também de pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta; *ii*) a reserva não se limita à criação do órgão ou ente, mas se estende à criação ou modificação de suas atribuições; *iii*) não apenas atribuições substantivas, relacionadas à execução de políticas públicas, estão abrangidas pela reserva, mas também deveres instrumentais, como o estabelecimento de rotinas administrativas; *iv*) no caso da criação ou modificação de atribuições, o que importa, para determinar a reserva de iniciativa, é que elas sejam referenciadas ao Poder Executivo, não sendo essencial a especificação do órgão ao qual são cometidas as competências.

Mais recentemente, no entanto, algumas decisões têm suscitado expectativas de uma mudança de entendimento da Corte a respeito da reserva de iniciativa da alínea *e* do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição.

1.2. SINAIS DE UMA INFLEXÃO JURISPRUDENCIAL

A ADI nº 1.399 (DJ de 11.06.2004) é apontada como um dos primeiros julgados nos quais a nova tendência teria emergido. Na ação, havia sido impugnada lei estadual de autoria parlamentar que tornava obrigatória a presença da disciplina de Educação

Artística na rede pública de ensino, com fixação de carga horária mínima de duas horas/aulas semanais. O STF não vislumbrou ofensa à regra da reserva de iniciativa. Nos termos do voto do Relator da ADI, a lei não tratava *de questões atinentes à estrutura da administração do Estado, previstas nas alíneas a a f do inciso II do § 1º do artigo 61 da Constituição Federal, apenas regulamentando pequenos aspectos sobre o ensino, como a carga horária destinada à disciplina de educação artística*. Evidentemente, ao incluir uma disciplina na grade curricular das escolas estaduais, a lei conferiu atribuições a órgãos do Poder Executivo, consistentes na execução material de uma política pública de ensino.

Já na ADI nº 3.394 (DJ de 15.08.2008) o STF concluiu que não violava a regra de iniciativa reservada lei estadual de autoria parlamentar que dispunha sobre a gratuidade da realização do teste de maternidade e paternidade para hipossuficientes. Restou consignado na ementa do acórdão:

Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo.

De fato, a Lei não criava novas competências para qualquer órgão especificamente identificado do Poder Executivo. Apenas atribuía a responsabilidade financeira pelo pagamento dos testes ao Estado. Dispunha que o Estado viabilizaria a realização do exame laboratorial e que órgão público se credenciaria para o cumprimento da Lei, mediante dotação orçamentária. A Lei poderia ser cumprida, por exemplo, com o simples pagamento a laboratórios privados pelos testes realizados. Nesse sentido, o caso se diferencia de outros citados *supra*, nos quais a lei efetivamente previa a execução material de determinadas políticas públicas por órgãos do Estado, e não apenas o seu financiamento.

O custeio dos testes certamente demandaria algum tipo de adequação interna do órgão incumbido de realizar os pagamentos. Por outro lado, poder-se-ia sustentar ser exagerado supor que a reserva de iniciativa incida sobre qualquer lei cuja aplicação demande algum tipo de ajuste da parte de órgão público. A ser desse modo, leis

instituidoras de tributos, reguladoras do processo licitatório, estabelecedoras de vedações a órgãos públicos no período eleitoral, reguladoras dos direitos de investigados em face da ação dos órgãos policiais ou ampliadoras do rol de municípios integrantes de região metropolitana seriam todas de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo¹³.

Outro precedente apontado como indicativo da virada jurisprudencial é o acórdão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRE) nº 290.549 (DJe de 29.03.2012), no qual a Primeira Turma do STF entendeu que *a criação, por lei de iniciativa parlamentar, de programa municipal a ser desenvolvido em logradouros públicos não invade esfera de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo*. Tratava-se de lei municipal que instituía o programa Rua Saúde, com o objetivo de fomentar a prática de esportes em vias e logradouros públicos. Estabelecia, outrossim, que a implantação, coordenação e acompanhamento do programa ficaria a cargo do órgão competente do Poder Executivo¹⁴. Neste caso, sim, deu-se a criação, por lei, de uma política pública, com atribuição, ao Poder Executivo, da responsabilidade pela sua execução material.

Em caso mais recente, ao julgar a ADI nº 2.444 (DJe de 02.02.2015), o STF considerou válida lei estadual de autoria parlamentar que obrigava o Poder Executivo a divulgar na imprensa oficial e na Internet dados relativos a contratos de obras públicas. Consoante constou da ementa do acórdão: *A lei em questão não cria, extingue ou modifica órgão administrativo, tampouco confere nova atribuição a órgão da administração pública. O fato de a regra estar dirigida ao Poder Executivo, por si só, não implica que ela deva ser de iniciativa privativa do Governador do Estado. Não incide, no caso, a vedação constitucional (CF, art. 61, § 1º, II, e).*

¹³ Em caso julgado no fim dos anos 1990, questão similar já havia sido enfrentada pela Corte, quando se discutia a renúncia de receita por força de lei de autoria parlamentar que dispensara pequenos produtores rurais do pagamento de obrigações contraídas em contrato de mútuo com o Estado. Na ocasião, assinalou o Ministro Moreira Alves: *se se entender que qualquer dispositivo que interfira no orçamento fere a iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo para lei orçamentária, não será possível legislar, sem essa iniciativa, a respeito de qualquer matéria – assim, por exemplo, pensão especial, doação ou remissão – que tenha reflexo no orçamento* (ADIMC nº 2.072, DJ de 19.09.2003).

¹⁴ O único artigo da lei que fazia referência expressa a órgãos do Poder Executivo foi declarado inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Essa Lei efetivamente previu obrigações para órgãos do Poder Executivo estadual (embora não os identificasse)¹⁵, na medida em que o seu cumprimento demandou a criação e manutenção de sítio eletrônico para a divulgação dos dados¹⁶. Poder-se-ia considerá-la como o exercício do poder de legislar sobre contratações públicas (a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por exemplo, regula a publicação de extratos de contratos celebrados pela Administração Pública¹⁷) ou sobre a divulgação de informações de interesse público detidas pelo Estado. O que estranha, no caso, é o direcionamento exclusivamente ao Poder Executivo.

É bem verdade que a decisão se baseou em precedente de 2002, no qual a Corte entendeu não se submeter à reserva de iniciativa lei que fixava regras a serem seguidas pelo Poder Executivo na publicidade oficial (ADIMC nº 2.472, DJ de 03.05.2002). Nesse julgado, concluiu-se que o fato de a lei fazer determinações exclusivamente ao Poder Executivo não a invalidava, uma vez que tais determinações já seriam dedutíveis de comandos constitucionais relativos à publicidade oficial e aplicáveis também aos outros Poderes. De qualquer modo, é discutível que, sob o fundamento de regulamentar um dever constitucional de transparência em contratações públicas, lei de iniciativa parlamentar se dirija especificamente a contratos celebrados pelo Poder Executivo e deixe de regular aqueles celebrados pelos outros Poderes. De resto, entender que de um princípio constitucional se pode extrair um dever atribuível aos órgãos estatais não equivale a regulá-lo detalhadamente em lei. Esse tratamento que o STF tem dado aos princípios, deles derivando, sem interposição do legislador, deveres minuciosos, talvez seja um dos pontos mais frágeis de sua postura ativista adotada nos últimos anos¹⁸.

¹⁵ Não se pode dizer que as previsões da Lei seriam mera especificação de um dever já veiculado em norma nacional, a saber, o art. 8º, § 1º, IV, e § 2º, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, segundo o qual os órgãos e as entidades do poder público deverão divulgar, inclusive por meio da Internet, informações concernentes a procedimentos licitatórios e a todos os contratos celebrados. Com efeito, a lei estadual impugnada entrou em vigor em 2000.

¹⁶ Em caso semelhante, o relator da ADI nº 2.444, Ministro Dias Toffoli, já havia considerado válida, em decisão monocrática, lei municipal de autoria parlamentar que impunha a divulgação detalhada, pelo Poder Executivo, de atos referentes a licitações e contratos (RE nº 665.099, DJ de 07.08.2012).

¹⁷ Na ADI nº 3.059 (DJ de 08.05.2015), o STF decidiu que *a matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo*. Note-se, contudo, que, nesse julgamento, discutia-se a validade de lei que disciplinou licitações realizadas por todos os órgãos e entidades da Administração Pública estadual, não sendo, pois, exclusivamente direcionada ao Poder Executivo ou algum de seus órgãos.

¹⁸ Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Súmula Vinculante nº 13, na qual, por interpretação dos princípios da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública, o STF não apenas concluiu ser vedado o nepotismo, mas identificou precisamente que situações o configurariam. É preciso ser

Como decisão mais recente nessa nova linha, temos o ARE nº 878.911 (DJ de 11.10.2016), no qual o STF considerou válida lei municipal de autoria parlamentar que determinava a instalação de câmeras de monitoramento de segurança nas dependências e cercanias das escolas públicas municipais. A lei cuidava dos critérios de instalação e funcionamento, bem como da quantidade mínima de câmeras por estabelecimento. Não fazia referência direta a órgão público municipal específico, nem impunha que o controle do funcionamento de tais câmeras se desse por servidores públicos. A Corte salientou não ser possível interpretação ampliativa do art. 61, § 1º, da Constituição, *para abarcar matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo*. Resgatando o posicionamento adotado na ADI nº 3.394, entendeu também que o simples fato de importar aumento de despesa não constituía razão para considerar inconstitucional a lei.

A diversidade dos casos examinados dificulta a identificação de uma lógica comum a orientar esses julgamentos. Enquanto na ADI nº 3.394 se discutia a atribuição de responsabilidade financeira ao Poder Executivo, não necessariamente implicando a realização material, por um órgão, da atividade custeada com recursos públicos, na ADI nº 1.399 e no AgRE nº 290.549 isso parecia ocorrer. A decisão no ARE nº 878.911 guarda semelhança com a prolatada na ADI nº 3.394, pois é possível imaginar que a instalação e o funcionamento das câmeras de segurança fossem atribuídas contratualmente a uma empresa prestadora desses serviços.

De seu turno, a lei considerada válida no julgamento da ADI nº 2.444 regulamentava um dever constitucional de publicidade da Administração Pública. Conquanto criasse novos encargos para órgãos da estrutura do Poder Executivo (como o de gerir um sítio eletrônico de divulgação das informações), não poderia, a nosso ver, ser impugnada caso se dirigisse à Administração Pública como um todo e não apenas ao Poder Executivo. Não foi o que ocorreu. E a despeito disso, o STF considerou constitucional a lei.

Os dispositivos normativos contestados em todos esses processos não vinculavam órgãos específicos ao cumprimento das obrigações ou exercício das

muito imaginativo para se concluir que, na referência genérica a que a Administração Pública deva observar os princípios da moralidade e da impessoalidade esteja contida uma regra proibitiva da nomeação, para cargos em comissão, de parentes *até o 3º grau civil*. Por que o 3º e não o 2º ou 4º?

competências neles tratadas. Esse talvez pudesse ser considerado um ponto em comum do qual se poderia extrair a nova lógica decisória da Corte. Entretanto, é ridículo supor que preceitos legais como os examinados na ADI nº 1.399, ao se referirem à “rede pública de ensino”, não se dirigissem à Secretaria de Educação (a esse respeito, cite-se, uma vez mais a decisão na ADI nº 2.808). Os órgãos destinatários dos comandos normativos impugnados na ADI nº 2.444 e no ARE nº 878.911 também são facilmente identificáveis em face das circunstâncias de cada caso. A rigor, a decisão no AgRE nº 290.549 foi a única em que o voto condutor sustentou claramente que o fato de não ter sido identificado, na lei, o órgão incumbido dos encargos ou detentor das competências teria o condão de afastar a inconstitucionalidade¹⁹.

Quanto à questão do aumento de despesa, o Tribunal proferiu outras decisões reafirmando a lógica, adotada na ADI nº 3.394, de que os reflexos financeiros de uma lei de autoria parlamentar não são, por si sós, suficientes para justificar sua impugnação com base na regra da reserva de iniciativa. Na ADI nº 2.072 (DJ de 02.03.2015), o STF considerou constitucional lei estadual que estabelecia uma renúncia de receita não tributária (originada de contrato de mútuo), em benefício de pequenos produtores rurais. O autor da ADI invocara ofensa, entre outros, aos arts. 61, § 1º, II, *e*, e 165, III, da Constituição, rechaçadas pela Corte.

Na ADI nº 2.528 (DJ de 07.12.2015), o Tribunal considerou válida lei que ampliava o período de alocação de recursos orçamentários para uma autarquia estadual. Entendeu-se que *não há violação, por vício de iniciativa, ao art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal, quando a norma impugnada não cria, extingue ou altera órgãos administrativos, bem como quando não institui nova atribuição a órgão integrante da administração estatal*. Ademais, a Corte concluiu pela *inexistência de ofensa ao art. 165, III, do Texto Constitucional, uma vez que não se haure das disposições impugnadas tratamento de matéria orçamentária, notadamente vinculação ou destinação específica de receitas orçamentárias*. Com efeito, a lei estabelecia apenas que as despesas da autarquia seriam custeadas, entre outras fontes, com recursos do tesouro estadual, alocados no orçamento. Não havia vinculação de receita ou imposição de que fossem destinados montantes identificados à entidade.

¹⁹ Em verdade, houve vinculação a órgão, mas o dispositivo que a promoveu foi declarado inconstitucional, em sede de controle concentrado, pelo Tribunal de Justiça. O julgamento do RE pelo STF examinou os demais dispositivos da Lei, mantidos pelo Tribunal de Justiça.

1.3. REAFIRMAÇÃO DO ENTENDIMENTO TRADICIONAL DA CORTE

As decisões nos casos apontados como de mudança jurisprudencial foram adotadas em 2004 (ADI nº 1.399), 2007 (ADI nº 3.394), 2012 (AgRE nº 290.549) e 2014 (ADI nº 2.444) e 2016 (ARE nº 878.911). É importante frisar, no entanto, que o STF continua enfrentando o tema da reserva de iniciativa na criação de órgãos à maneira da jurisprudência tradicional. Além da já mencionada decisão monocrática no ARE nº 875.337, poderíamos citar diversos acórdãos, prolatados no ano de 2014, como o que julgou o mérito da também já referida ADI nº 2.443 (DJ de 03.11.2014), em que o Tribunal reafirmou o posicionamento adotado quando da apreciação da cautelar. O aresto foi assim ementado:

PROCESSO LEGISLATIVO – ORIGEM – SERVIÇO DO EXECUTIVO. Consoante disposto na Carta da República, incumbe ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento de projeto de lei que vise alterar procedimento adotado no respectivo âmbito. CENTRAL DE ATENDIMENTO TELEFÔNICO – EXECUTIVO – DISCIPLINA – INICIATIVA DE PROJETO DE LEI. A iniciativa de projeto de lei objetivando a disciplina de central de atendimento telefônico de serviço do Executivo cabe a este último e não ao Parlamento.

Tanto no ARE nº 875.337 quanto na ADI nº 2.443, as leis inquinadas de inconstitucionais não faziam referência a órgãos específicos do Poder Executivo. Isso não foi suficiente para que o Tribunal se convencesse de sua validade, como, de resto, ocorreu em outros julgamentos examinados a seguir. Se essa circunstância pode ser havida como elemento comum dos casos descritos na subseção anterior (ainda que, como visto, neles não tenha havido uma tomada firme de posição da Corte sobre ser esse o motivo para ilidir a invocação de vício de iniciativa), decisões recentes do STF retomam sua jurisprudência tradicional, para considerar irrelevante, na análise de potencial ofensa à reserva de iniciativa, o fato de a norma vergastada não conter referência específica a um órgão do Poder Executivo.

Na ADI nº 4.180 (DJ de 07.10.2014), o STF considerou que a inclusão, por lei de autoria parlamentar, de festival no calendário de eventos oficiais do Distrito Federal feria a regra de reserva de iniciativa. Além de promover tal inclusão, a lei dispunha que o Poder Executivo destinasse anualmente recursos à Secretaria de Cultura para a montagem e realização do festival e determinava que o aparato de segurança e de

controle de trânsito necessário à realização do evento ficassem a cargo da Secretaria de Segurança Pública. Merece registro a flagrante incompatibilidade entre esse aresto e o já mencionado acórdão que julgou a ADI nº 2.528. A lei distrital que incluiu festival no calendário de eventos do DF, ao cuidar do financiamento, apenas estabelecia que o Poder Executivo destinaria recursos, anualmente, à Secretaria de Cultura, previsão bastante similar à da lei que previa a destinação de recursos à autarquia estadual. As soluções dos dois casos, porém, foram claramente opostas. Em outros julgados, antes mencionados, o Tribunal já havia decidido similarmente ao que fez na ADI nº 4.180 (ADIs nº 2.808 e nº 3.178).

Ademais, a lei considerada inconstitucional na ADI nº 4.180, bastante sintética, limitava-se a prever a destinação de recursos para a Secretaria de Cultura, não determinando claramente que o órgão seria o responsável material pela realização do festival. Em tese, poder-se-ia cogitar de simples fomento, por parte da Secretaria, ficando a organização e realização do evento a cargo de terceiros. No ARE nº 878.911, por exemplo, a norma que previa a instalação de câmeras de segurança em escolas públicas não foi vista como atributiva de competência a órgão público. Quanto à norma da lei impugnada na ADI nº 4.180 segundo a qual o aparato de segurança e o controle de trânsito necessário à realização do evento ficariam a cargo da Secretaria de Segurança Pública, é difícil sustentar que ela conferisse nova atribuição ao órgão. Já é da competência da Secretaria realizar aquelas atividades. E isso vale para quaisquer eventos que demandem a presença do aparato de segurança, independentemente de estarem eles previstos em lei.

Prosseguindo a trajetória de reafirmação da jurisprudência tradicional, na ADI nº 1.509 (DJ de 18.11.2014), a Corte declarou inválida lei distrital de autoria parlamentar que promovia o destaque de área de uma região administrativa do Distrito Federal para inseri-la em outra região administrativa.

No julgamento da ADI nº 2.294 (DJ de 11.09.2014), foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual de autoria parlamentar que disciplinava a veiculação de atos no diário oficial, vedando a publicação de matérias sob a forma de noticiário de atividades do Governo. O Tribunal vislumbrou ofensa ao art. 61, § 1º, II, e, da Constituição. Conforme observou o Ministro Relator:

O Diário Oficial do Estado, à evidência, integra estrutura da Administração Indireta do Rio Grande do Sul: constitui sociedade de

economia mista vinculada à Secretaria de Administração e dos Recursos Humanos do Estado.

Assim, afigura-se patente que qualquer regra que discipline o modo de atuação do órgão em tela só pode ser de iniciativa do Governador do Estado. A lei estadual, originada na Assembleia Legislativa local, ao estabelecer condições e critérios para o funcionamento da imprensa oficial gaúcha é, portanto, inconstitucional.

Salta aos olhos a incompatibilidade entre as posições adotadas pelo STF na ADI nº 2.294 e na anteriormente citada ADI nº 2.444. Nesta, a Corte considerou válida lei de autoria parlamentar que determinava a publicação de informações sobre contratos públicos no Diário Oficial, bem como a maneira como seriam publicadas. Já na ADI nº 2.294, que informações devem ser publicadas no diário oficial e como devem sê-lo foi considerado matéria sujeita à reserva de iniciativa. Convém frisar que a lei estadual não fazia referência à sociedade de economia mista incumbida de publicar o diário oficial. Limitava-se a dispor sobre a veículo de divulgação de responsabilidade dessa empresa. A alusão a esta partiu dos próprios julgadores.

Outro caso em que o STF manteve a jurisprudência tradicional foi o da ADI nº 3.564 (DJ de 09.09.2014), na qual considerou inconstitucional lei de autoria parlamentar que fixava prazo para a Procuradoria-Geral do Estado ajuizar ação regressiva de que trata o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nos termos do voto do Relator a lei findava por *criar atribuições para órgão público integrante do Poder Executivo estadual, o que, pelo princípio da simetria, deveria decorrer de iniciativa do Governador do Estado, a quem compete privativamente a direção superior da administração estadual, bem como a iniciativa para propor projetos de lei que visem à criação, estruturação e à delimitação de atribuições de Secretarias e órgãos da Administração Pública*. A rigor, em uma leitura restritiva do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição, a lei vergastada não teria criado ou extinguido órgão público ou alguma de suas competências, mas apenas condicionado temporalmente uma competência já existente.

Nos Embargos de Declaração no RE nº 592.511 (DJ de 09.03.2016), o STF considerou inconstitucional lei municipal de iniciativa parlamentar que determinava a fixação, nos leitos dos hospitais públicos municipais, de placas de identificação pessoal. O paralelo com a decisão na ADI nº 1.399 bem demonstra os critérios fluidos utilizados pela Corte para definir quando uma lei disciplina atribuições de órgãos do Poder

Executivo, sujeitando-se à reserva de iniciativa. Na mencionada ADI, a introdução de nova disciplina obrigatória na grade curricular e a determinação de sua carga horária foram qualificadas como a regulamentação de pequenos aspectos do ensino. Já o comando para que fossem fixadas placas de identificação pessoal nos leitos hospitalares foi considerada, no RE, uma ofensa à reserva de iniciativa, ainda que demandasse muito menos adaptações na organização e no funcionamento da Administração Pública.

No AgRE nº 653.041 (DJ de 09.08.2016), o STF declarou a inconstitucionalidade de lei de autoria parlamentar que determinava fossem disponibilizados serviços de fisioterapia pelas unidades básicas de saúde municipais. A lei deixava a cargo de regulamento definir o funcionamento, ordenamento e regras de ação desses serviços. E mais não dizia. A Corte vislumbrou, como aliás já fizera em casos semelhantes (cf. ADI 3.178), a existência de vício de iniciativa, presente em qualquer lei de iniciativa parlamentar que *disponha sobre atribuições, ou estabeleça obrigações a órgãos públicos*.

Novamente nos defrontamos com razões de decidir incompatíveis com as externadas naqueles ensaios de virada jurisprudencial. Em verdade, todas as decisões comentadas na subseção anterior versavam sobre leis que estabeleciam obrigações para órgãos da estrutura do Poder Executivo, mesmo na ausência de identificação do órgão ou quando a obrigação principal era de natureza financeira (ADI nº 3.394 e ARE nº 878.911).

Ademais, se a execução material, por órgão do Poder Executivo, da medida ou da política pública disciplinada em lei for o critério definidor da reserva de iniciativa, a ela não se sujeitando leis que, sem determinar a exercício concreto da atividade pelo órgão, atribuam a ele o correspondente encargo financeiro, mesmo a lei impugnada no AgRE nº 653.041 poderá ser considerada válida, em uma exegese mais limitadora da reserva de iniciativa. Basta que a lei seja interpretada como uma determinação para que o Poder Executivo financie a prestação de serviços de fisioterapia na rede pública de saúde, mediante a contratação de prestadores privados. O problema desse tipo de exegese é que, para afastar o argumento do vício de iniciativa, válida uma lei de iniciativa parlamentar que opera a escolha do modo de prestação de um serviço público. O STF já declarou a inconstitucionalidade de lei de iniciativa parlamentar que dispunha sobre a prestação de serviços públicos concedidos/permitidos, utilizando o argumento de vício de iniciativa (AgRE nº 396.970, DJ de 09.10.2009; ADI nº 3.343, DJ de

22.11.2011). Se ele vale para alterações na disciplina de serviços públicos que já são objeto de concessão, *a fortiori* deveria valer para leis que determinam a prestação material de serviços públicos por entes privados contratados pelo poder público, em lugar da prestação pelos próprios agentes estatais.

Cavalcante Filho²⁰ sustenta em estudo que a cláusula da reserva de iniciativa deve ser interpretada restritivamente, de modo a não redundar na inconstitucionalidade de todo e qualquer projeto de autoria parlamentar que verse sobre políticas públicas. Em sua visão, seria interdita a iniciativa parlamentar quando o projeto: promovesse o redesenho de órgãos do Poder Executivo, a criação de novas atribuições ou de novos órgãos, ou fosse meramente autorizativo (por ofensa ao art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição); instituisse fundos ou exigisse imediatos aportes orçamentários diretos (por ofensa ao art. 165, III e § 5º, I, da Constituição); caracterizasse ingerência em matéria tipicamente administrativa, como a celebração de contrato ou a prática de um dado ato administrativo (por ofensa ao art. 2º da Constituição). Mas não colidiria com a Carta Magna lei de autoria parlamentar que apenas explicitasse ou regulamentasse uma atividade que já cabe a órgão do Poder Executivo. Dá como exemplo disso lei que estipule prazo para o início de tratamento de pessoas diagnosticadas com neoplasia. A se julgar pelas recentes decisões do STF sobre o tema, em especial nas ADIs nº 4.180, nº 2.294 e nº 3.564, essa tese não parece ter sido acolhida pela Corte.

Em verdade, é visível a falta de clareza quanto aos critérios utilizados pelo STF no julgamento de questões envolvendo a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Esse “vai e vem” jurisprudencial, essa instabilidade decisória, sem que a Corte sequer reconheça a existência de um maior ônus argumentativo para a tomada de decisões que superem entendimentos cristalizados, malfere alguns dos mais básicos princípios que compõem a ideia de Estado de Direito: a segurança jurídica e a isonomia²¹. Não à toa, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março

²⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *LIMITES DA INICIATIVA PARLAMENTAR SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fevereiro/2013 (Texto para Discussão nº 122). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 22 mar. 2017. Também em sede doutrinária, e de forma ainda mais deferente ao Poder Legislativo, José Maurício Conti sustenta, com o argumento de que a iniciativa reservada deve receber interpretação estrita, serem de iniciativa geral ou concorrente leis que instituem programas, ações governamentais ou políticas públicas (Iniciativa legislativa em matéria financeira. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 300).

²¹ A assunção de um maior encargo argumentativo como requisito para a superação da jurisprudência consolidada é amplamente reconhecida, tanto na doutrina quanto no labor dos tribunais. Ao discorrer

de 2015), em seu art. 927, § 4º, estabelece que *a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*

Não resta dúvida de que a segurança jurídica e a proteção da confiança, sua componente subjetiva, impõem *fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos de poder*, sendo *exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial*²². Quanto ao princípio da isonomia, embora seja comumente invocado nas relações do Estado com os indivíduos, não há por que deixar de aplicá-lo em face de decisões do STF no âmbito do controle abstrato de normas, para se vedar o tratamento casuístico ou arbitrário de questões jurídicas discutidas sem referência a situações concretas, mesmo porque juízos distintos sobre atos normativos similares produzirão consequências diferentes para os destinatários das normas.

Numa exegese mais apegada à literalidade das regras de iniciativa reservada, decisões como as prolatadas na ADI nº 3.394 e no ARE nº 878.911 poderiam se revelar adequadas. Ocorre que o STF possui um enorme repertório jurisprudencial anterior a essas decisões, no qual adotou visão bem mais alargada daquelas regras. E dele ainda faz uso para fundamentar decisões mais recentes.

sobre a necessidade de também o STF respeitar seus precedentes, Marinoni assinala: *para se alterar um precedente, qualquer membro do Tribunal, seja recente ou antigo, deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito. Nesse caso, o magistrado assume o ônus de evidenciar que tais motivos não só estão presentes, como são consistentes e fortes o bastante para se sobrepor às razões determinantes antes adotadas. Caso a maioria do Tribunal não consiga vencer o ônus de alegar e demonstrar que “boas razões” impõem a revogação do precedente, ele deverá ser mantido* (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 993). Na doutrina, cf. também: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 264-5. Na jurisdição constitucional, merece menção o caso *Randall v. Sorrell* (548 U.S. 230), julgado em 2006 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual restou assentado: *a adesão ao precedente é a regra; excepcional é o seu abandono, demandando especial justificação, sobretudo quando, como neste caso, o princípio em questão estabeleceu-se mediante iteração e reiteração por longo período*. O respeito, por um tribunal, ao assim chamado autoprecedente – ou seja, sua própria jurisprudência assentada – é considerado uma exigência do art. 14 da Constituição da Espanha, que prevê o princípio da isonomia. Na visão Tribunal Constitucional daquele país, externada em sua Sentença nº 49/1982 (BOE nº 185/1982), a igualdade perante a lei *impõe que um mesmo órgão não possa modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais e que, quando o órgão em questão considere que deve afastar-se de seus precedentes, ofereça para isso uma fundamentação suficiente e razoável*.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

O argumento, lançado no julgamento da ADI nº 3.394, de que a reserva de iniciativa se restringe a leis que criam ou estruturam órgãos, ou ainda que dizem respeito ao funcionamento da Administração Pública, especialmente no que se refere a servidores e órgãos, demanda alguma espécie de esclarecimento sobre o que deve ser havido como “funcionamento da Administração Pública”. Seja qual for a alcance que se dê à expressão, é difícil imaginar como uma lei que torna obrigatória na rede pública de ensino uma disciplina e fixa a sua carga horária não interferiria no funcionamento da Administração Pública (ADI nº 1.933). Como consequência de tal comando normativo, até mesmo a admissão de novos professores pode se tornar necessária.

O mesmo pode ser dito de um programa destinado a fomentar a prática de esportes em vias públicas, cuja implantação, coordenação e acompanhamento esteja a cargo de órgão do Poder Executivo, ainda que não identificado no texto normativo (AgRE nº 290.549). Se a simples omissão do órgão ao qual seria conferida a competência bastasse para contornar a restrição à iniciativa parlamentar, a regra do art. 61, § 1º, II, *e*, da Constituição seria uma veleidade. Não parece razoável que o constituinte tenha concebido essa norma com o objetivo único de conferir ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa de projetos que se limitassem a inserir nas caixinhas da estrutura organizacional da Administração Pública competências definidas mediante um processo legislativo diverso, que não contemplasse a iniciativa reservada. O art. 61, § 1º, II, *e*, seja em sua redação original, seja na hoje vigente, em combinação com o art. 84, VI, *a*, não corrobora essa leitura. Aliás, após as mudanças promovidas pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, nesses dispositivos, é possível mesmo advogar que a transferência de atribuições entre órgãos da Administração Pública se faça mediante decreto presidencial, desde que isso não resulte no esvaziamento de qualquer dos órgãos²³.

Dificuldade existe em apartar da ideia de “funcionamento da Administração Pública” também uma lei que determine a publicação, na imprensa oficial e na Internet, de certas informações detidas por órgãos da Administração Pública, bem como o modo como se fará tal publicação (ADI nº 2.444).

Não caberia esclarecer apenas o que se entende por “funcionamento da Administração Pública” como matéria sujeita à reserva de iniciativa, mas também o que

²³ Nesse sentido, cf. MELLO, *op. cit.*, p. 328.

se entende por “competências” ou “atribuições” de órgãos públicos. Em três acórdãos foi expressamente reafirmada a existência de reserva de iniciativa para leis que tratem de competências ou atribuições de órgãos do Poder Executivo: AgRE nº 290.549, ADI nº 2.444 e ARE nº 878.911. Nos dois primeiros, foi discutida a validade de leis que inequivocamente previam incumbências ao Poder Executivo, consistentes no exercício de determinadas atividades (implantação, coordenação e acompanhamento de programa, divulgação de informações no diário oficial e na Internet). Na doutrina administrativista, define-se competência como *o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos*.²⁴ O grau de abstração ou a importância social do dever atribuído ao órgão ou agente são irrelevantes para caracterizá-lo ou não como uma competência. Mesmo atos mais banais, como os gestos praticados em via pública por um guarda de trânsito podem constituir o exercício de uma competência. Como nos dois arestos citados o Tribunal não fixou qualquer linha demarcatória do que poderia ou não ser considerado uma competência/atribuição, tudo indica que a *ratio decidendi* para o reconhecimento da validade das leis foi unicamente a ausência de vinculação das competências previstas a um órgão identificado. Porém, como visto, tal exegese conduz a um significativo esvaziamento da norma de reserva de iniciativa, mesmo porque, na redação hoje vigente do Texto Constitucional, sequer se faz necessária lei para a vinculação de competências a órgãos do Poder Executivo. Basta a edição de decreto.

Os acórdãos citados na subseção anterior deste trabalho certamente pretenderam dar uma interpretação mais estrita à reserva de iniciativa legislativa, mas não lograram estabelecer em que pontos as leis neles examinadas se distinguiam daquelas que vinham sendo consideradas inconstitucionais pela jurisprudência do STF. A sobrevivência do entendimento anterior sugere que não se pretendeu superar completamente a posição assumida nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, mas explicitar diferenças nos casos apreciados naquelas cinco decisões, que justificariam a não aplicação da jurisprudência tradicional. O intento, porém, resultou fracassado, seja porque o Tribunal não demonstrou, de modo satisfatório, que aspectos daqueles casos justificariam solução diferente da que vinha sendo dada (em verdade, muitos deles se chocam frontalmente com decisões anteriores sobre atos normativos semelhantes no

²⁴ MELLO, *op. cit.*, p. 140.

essencial), seja porque o STF continua a proferir decisões pela inconstitucionalidade de leis que em nenhum ponto relevante se diferenciam daquelas consideradas válidas nos cinco acórdãos analisados.

Nos últimos anos, têm-se multiplicado os alertas no sentido de que a instabilidade nas decisões do STF pode conduzir à instabilidade institucional.²⁵ Se não se podem desenvolver expectativas quanto à solidez e permanência dos entendimentos da Corte, sua própria autoridade se vê diminuída, na medida em que o processo decisório passa a ser visto, pelas instâncias inferiores e pelos próprios jurisdicionados, como permeável a injunções casuísticas e, por isso mesmo, menos digno do crédito e da reverência de que deveriam gozar os pronunciamentos em sede de jurisdição constitucional.

2 CRIAÇÃO DE FUNDOS ORÇAMENTÁRIOS E RESERVA DE INICIATIVA

Fundo constitui uma afetação de recursos financeiros para determinado fim. Segundo Heleno Torres, *os fundos especiais propõem-se como medida de alocação legal de recursos, orçamentários ou não, sob a forma de patrimônio separado vinculado ao emprego em certos fins, ao atendimento de necessidades públicas ou como complementação financeira para a prestação de serviços públicos disponíveis, a partir de uma entidade ou órgão público dotado de administração financeira e contábil autônoma, ou mesmo desprovido de tal autonomia*²⁶. Os fundos também encontram definição normativa. Nos termos do art. 71 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, *constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação*.

²⁵ Cf.: Kaufmann, Rodrigo de Oliveira. *Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-de-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf>. Acessado em 22 mar. 2017. MEDINA, Damares. *Instabilidade jurisprudencial no STF dificulta cultura de precedentes*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-28/damares-medina-instabilidade-decisoes-stf-gera-inseguranca>. Acesso em 22 mar. 2017.

²⁶ Fundos especiais para prestação de serviços públicos e os limites da competência reservada em matéria financeira. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

A técnica dos fundos financeiros constitui uma exceção ao princípio da unidade de tesouraria. Conforme salientam Machado Júnior e Costa Reis²⁷, os fundos se caracterizam por serem constituídos de receitas especificadas, **estarem vinculados a determinado órgão da Administração e à realização de determinados objetivos ou serviços**, se submeterem a normas peculiares de aplicação, possuírem plano de aplicação, contabilidade e prestação de contas específicos, bem como pela descentralização interna do processo decisório. De acordo com os autores, *a lei que instituir o fundo especial deverá dispor sobre as obrigações resultantes da execução do programa de trabalho e que serão pagas com o produto formado pelas receitas especificadas*. Quanto à vinculação do fundo a órgão, é ela *necessária, porque é por seu intermédio que se identificará a destinação das disponibilidades desta caixa especial*.

Outra característica importante é que o saldo positivo de recursos existentes é transferido para o exercício seguinte, permanecendo no mesmo fundo, salvo determinação em contrário da lei que o instituiu (art. 73 da Lei nº 4.320, de 1964).

A Constituição de 1988, em seu art. 167, IX, veda a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa. Há, portanto, reserva de lei para sua criação. A discussão que se coloca diz respeito à eventual existência de reserva de iniciativa legislativa na instituição de fundo. Lei com esse objeto, evidentemente, é de caráter financeiro.

Na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, eram de iniciativa exclusiva do Presidente da República leis que dispusessem sobre matéria financeira (art. 57, I). A Constituição de 1988 não reproduziu esse comando. Em seu art. 165, I a III, dispôs serem de iniciativa do Poder Executivo leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Obviamente, tais leis não esgotam a matéria orçamentário-financeira, que é tratada em diversas outras, como a Lei nº 4.320, de 1964, e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Na vigência da nova Constituição, o STF já decidiu no sentido de que o Direito Financeiro não se sujeita à reserva de iniciativa (ADI nº 2.072 e ADI nº 2.528, já citadas).

Não nos parece que se possa invocar o art. 165 da Constituição Federal como fundamento para reservar ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de toda e qualquer lei criadora de fundo. Leis com esse conteúdo não se confundem com o orçamento.

²⁷ MACHADO JR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2008, pp. 156-7.

O inciso I do § 5º daquele artigo dispõe que a lei orçamentária deve conter o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, **seus fundos**, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Disso não decorre que diplomas legais instituidores de fundos sejam, como o orçamento anual, de iniciativa do Presidente da República. Note-se que a iniciativa de lei para a criação de órgãos do Poder Judiciário é reservada aos tribunais superiores (art. 96, II, da Carta Magna) e o orçamento de tais órgãos deve constar da lei orçamentária, que, como dito, é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

A existência de um fundo financeiro não necessariamente tolhe nem vincula o Chefe do Poder Executivo no uso da prerrogativa conferida pelo art. 165, III, da Constituição. A menos que a lei determine a vinculação de algum tipo de receita ao fundo, a alocação concreta de recursos se dará por um juízo discricionário do Parlamento, a cada ano, materializado na lei orçamentária, cuja iniciativa é do Presidente da República. Se na proposta do Executivo não houver previsão de alocação de recursos no fundo e isso não for modificado pelo Poder Legislativo, a despeito de nominalmente existir, o fundo permanecerá inativo. Na já citada ADI nº 2.528, o STF deixou assente que, para haver ofensa ao art. 165, III, por lei não orçamentária e de autoria parlamentar, é preciso que ela estabeleça, por exemplo, algum tipo de vinculação ou destinação específica de receita orçamentária, não se configurando descumprimento da regra de reserva de iniciativa a circunstância de uma lei de autoria parlamentar tratar de matéria que poderá vir a produzir reflexos orçamentários.

Ademais, nem todo fundo financeiro integra o orçamento de órgão do Poder Executivo. Embora seja esperado, em virtude das funções tipicamente atribuídas a esse Poder, que a maior parte dos fundos esteja sob sua administração, a Constituição não veda a instituição de fundos no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário. Integra o orçamento da Câmara dos Deputados, por exemplo, o fundo rotativo constituído por recursos próprios (como as receitas de aluguéis, taxas de ocupação, multas, alienação de bens). Em diversos Estados, foram criados fundos de reaparelhamento da Justiça, administrados pelo Tribunal de Justiça. Entender que haveria reserva de iniciativa em favor do Chefe do Poder Executivo nesses casos seria ilógico e atentatório à autonomia financeira dos outros Poderes²⁸.

²⁸ Nessa direção o escólio de José Maurício Conti, ao discorrer sobre fundos integrantes do orçamento do Poder Judiciário: *Submeter o Poder Judiciário à iniciativa legislativa do Poder Executivo para a*

Nem mesmo nos projetos de iniciativa privativa do Presidente da República, como é o de lei orçamentária anual, pode essa autoridade interferir na autonomia financeira dos outros Poderes e de órgãos que dela sejam dotados, como decidiu o STF no julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 307 (DJe de 27.03.2014), para concluir ser indevido o Poder Executivo, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública, quando do envio do projeto de lei orçamentária ao Poder Legislativo, salvo quando ela não for compatível com a lei de diretrizes orçamentárias. Se é assim relativamente a projeto que a Constituição sujeitou à reserva de iniciativa em favor do Chefe do Poder Executivo, careceria de sentido imaginar que a apresentação de projeto de lei para se criar fundo integrante do orçamento de outro Poder dependesse do beneplácito do Presidente da República.

No julgamento da ADIMC nº 2.123 (DJ de 31.10.2003), o STF se defrontou com a questão da viabilidade jurídica de fundo instituído por lei de iniciativa do Poder Judiciário estadual. Tratava-se de fundo especial administrado pelo Tribunal de Justiça. O Governador do Estado, autor da ação, invocou, entre outras razões para se declarar a inconstitucionalidade da lei, a ofensa à reserva de iniciativa. No voto condutor do acórdão, porém, asseverou-se que:

A iniciativa reservada aos Tribunais de Justiça para as leis que disponham sobre organização judiciária compreende as relativas à administração do Poder Judiciário, como, no caso, a que cria fundo para atender às suas despesas. [...] A Constituição não veda, antes o admite, a criação de fundos em qualquer dos três Poderes, incluído o Judiciário (art. 165, § 5º, I), impondo, é certo, a inclusão no orçamento de todos eles, o que está previsto na lei questionada (art. 9º).

Pode-se extrair desse aresto que a criação de fundos no âmbito de um Poder guarda relação com a sua autonomia administrativa e financeira, que reclama a incidência, em tal hipótese, da prerrogativa desse mesmo Poder de iniciar o processo legislativo sobre matérias legislativas referentes à sua própria organização. Essa ideia se

criação de um fundo dessa natureza violaria frontalmente sua independência, e especialmente a autonomia administrativa e financeira que lhe é assegurada pelo art. 99 do Texto Constitucional. (op. cit., p. 296). O autor evoca os princípios da independência e harmonia dos Poderes para justificar a iniciativa do Poder Judiciário nessa seara, mas conclui que, nesses casos, prevalece a regra da iniciativa legislativa geral, o que nos parece um contrassenso, pois, se é precisamente a autonomia financeira que justifica a iniciativa, deve ela permanecer reservada, mas não necessariamente ao Chefe do Poder Executivo, e sim a cada um dos Poderes, relativamente aos fundos integrantes de seus orçamentos. Discorreremos mais à frente sobre esse ponto.

coaduna com os antes descritos traços característicos de um fundo financeiro. Se os fundos estão necessariamente vinculados a um órgão da Administração e se destinam à realização de determinados objetivos e serviços, não há como negar que a criação de fundo implica a atribuição de competências ao órgão que o administra. Como corolário, e tendo em vista a jurisprudência prevalente no STF, a criação de fundo gerido por órgão do Poder Executivo submete-se à reserva de iniciativa prevista no art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal.

No mesmo sentido se posiciona Dênis Borges Barbosa²⁹:

[O] fundo existe para que uma função estatal seja desenvolvida de forma contínua e segregada. Em princípio, esta função é a atribuída ao ponto nodal da estrutura onde se insere o fundo. O fim do fundo e a função de seu gestor devem, em princípio, coincidir.

Ora, para se gerir o Fundo, para lhe dar substância e Função, o Fundo não pode ser deixado a seu próprio alvedrio. O Fundo, sem estruturas que o encerrem e administrem, sem órgãos específicos que o gerenciem e cuidem para que seus fins específicos sejam atendidos de acordo com a lei, é mera peça de ficção jurídica, quando não de poesia legislativa. Quem cria um Fundo, cria uma função na estrutura do Executivo. [...]

Assim, claro está que não se pode dispor sobre os Fundos Orçamentários sem o fazer em norma que disponha sobre a pertinência do dispositivo contábil na estrutura da Administração. Em outras palavras, a norma que constitua Fundo Orçamentário é norma de estrutura do Poder Executivo, e como tal, norma de iniciativa privativa do Poder Executivo.

É certo que a conclusão do jurista quanto à iniciativa privativa do Poder Executivo deve se restringir a fundos administrados por esse Poder, pelas razões anteriormente indicadas. Ou, sendo mais preciso, a iniciativa privativa deve valer para cada um dos Poderes e órgãos dotados de autonomia financeira e da prerrogativa de iniciar o processo legislativo, relativamente aos fundos por eles administrados.

A criação de fundo no âmbito do Poder Executivo para a execução de uma política pública não pode ser equiparada, a nosso ver, à situação examinada pelo STF no julgamento da ADI nº 3.394. A lei discutida naquela ação não exigia a execução material de uma política pública por órgão do Poder Executivo, apenas atribuía e ele

²⁹ *Criação de fundos orçamentários: iniciativa do Executivo?* In: BARBOSA, Dênis Borges. *A eficácia do decreto autônomo e outros estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, pp. 248, 250.

responsabilidade pelo financiamento de testes de paternidade. E o órgão incumbido daquele financiamento não tem papel algum no processo decisório, limitando-se a custear as despesas nos casos em que o próprio Poder Judiciário reconhecer a hipossuficiência da parte.

Até se poderia conceber, em tese, um fundo do Poder Executivo utilizado exclusivamente na transferência de recursos a determinadas pessoas físicas ou jurídicas, em um contexto normativo no qual o papel do órgão gestor fosse quase que mecânico e sem praticamente qualquer poder decisório. Uma situação como essa, no entanto, está longe de constituir a regra no universo das leis instituidoras de fundos. De mais a mais, quando se defrontou com um caso no qual se examinava especificamente a iniciativa legislativa para criação de fundos, o Tribunal inequivocamente se valeu dos mesmos argumentos da jurisprudência tradicional da Corte, para assentar que a iniciativa de lei que diga respeito à organização administrativa de um Poder é reservada a esse mesmo Poder.

A se julgar pela lógica que presidiu a decisão do STF na ADIMC nº 2.123, não seria viável lei de autoria parlamentar que criasse fundo administrado por órgão do Poder Executivo nem mesmo quando se destinasse simplesmente a fornecer recursos para atividades cuja realização já constituísse competência do órgão (fixada em lei de autoria daquele mesmo Poder). Dito de outro modo, e diferentemente da exegese de que cogitamos ao comentarmos a ADI nº 3.394, a inconstitucionalidade por vício de iniciativa não se configuraria apenas no caso de a lei instituidora do fundo criar novas atribuições materiais e finalísticas para o órgão incumbido de administrá-lo (como uma lei que crie programa de incentivo ao esporte amador financiado por fundo a ser administrado pelo Ministério do Esporte), mas se verificaria pelo simples fato de a criação do fundo importar alterações na organização administrativa do Poder Executivo (e, em consequência, o estabelecimento de incumbências acessórias ou instrumentais para o órgão, advindas da própria existência do fundo e do dever de geri-lo).

Mesmo em uma exegese mais complacente, que considerasse constitucional lei de autoria parlamentar criadora de fundo para custear atividades de órgãos do Poder Executivo já previstas em lei de iniciativa do mesmo Poder, poder-se-ia questionar a utilidade de tal fundo. Se ele previsse vinculação de receitas, seria inconstitucional por ofensa ao art. 165, III, da Constituição (e, eventualmente, do art. 167, IV, da mesma

Carta).³⁰ Por outro lado, tangenciaria a inocuidade uma lei que se limitasse a prever que o fundo seria constituído por recursos nele alocados pela lei orçamentária, pois a destinação aos fins motivadores da criação do fundo já poderia ser feita em cada lei orçamentária, independentemente da existência do fundo. A lei só não seria de todo inócua porque poderia prever normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, e porque os eventuais saldos existentes no fim de um exercício seriam transferidos a crédito do mesmo fundo no exercício seguinte.

CONCLUSÃO

O STF possui uma longa jurisprudência sobre a reserva de iniciativa de leis em favor do Chefe do Poder Executivo. Nesses quase trinta anos de vigência da Constituição de 1988, a Corte tem adotado uma exegese do art. 61, § 1º, muita mais centrada na teleologia da norma do que na literalidade do preceito. Por isso mesmo, faz da regra de iniciativa reservada em matéria de criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública uma leitura que estende a prerrogativa presidencial a leis que criem entidades da Administração Indireta ou versem sobre atribuições ou deveres do Poder Executivo, mesmo quando eles não estiverem referenciados a um órgão ou ente específico, e pouco importando se se trata de competências substantivas, relacionadas à execução de políticas públicas, ou apenas deveres instrumentais.

Mais recentemente, em pelo menos cinco decisões colegiadas, o Tribunal afastou-se da jurisprudência tradicional. Em três delas não parece restar a menor dúvida de que as leis objeto de controle de constitucionalidade criavam novas atribuições, consistentes na execução material de certas ações ou programas pelo Poder Executivo. Nas outras duas, poder-se-ia discutir se as leis apenas criavam um encargo financeiro e determinavam a aquisição de equipamentos, não versando diretamente sobre a execução material de uma política pública. Comum a todas foi a quase inexistente preocupação da Corte em esclarecer os fundamentos que a levavam a rever sua posição original. E, o que é mais grave: posteriormente, o STF continuou a resolver controvérsias sobre a

³⁰ Caso promovesse a vinculação da receita de impostos. Diz o art. 167, IV, da Constituição ser vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

reserva de iniciativa nos mesmos moldes da jurisprudência tradicional. Somadas todas essas circunstâncias, não se pode falar que tenha havido uma consistente mudança de orientação da Corte, que, com tal postura, passa a semear insegurança jurídica no delicado terreno das relações entre Poderes estatais.

A prevalecer o entendimento original do STF sobre o art. 61, § 1º, II, *e*, da Carta Magna – e não vemos como as cinco decisões mencionadas tenham logrado superá-lo –, devemos concluir que a reserva de iniciativa também vale em relação a leis que criam fundos. Como se pode extrair de precedente do próprio Tribunal, em tudo consentâneo com a lógica adotada em sua jurisprudência tradicional sobre a reserva de iniciativa legislativa, a instituição de fundo financeiro deve ser feita por lei de iniciativa da autoridade ou órgão, no âmbito de cada Poder ou órgão autônomo, com a prerrogativa de deflagrar o processo legislativo em matéria de organização administrativa, em obediência ao art. 61, § 1º, II, *e*; 51, IV; 52, XIII; 73, *caput*; 96, II, *d*; 128, § 5º; e 134, § 4º, da Constituição Federal. Em consequência, fundos geridos por órgãos do Poder Executivo devem ser criados por lei de iniciativa do Presidente da República, vedada, portanto, a iniciativa parlamentar.

Por fim, lei de autoria parlamentar que crie fundo integrante do orçamento do Poder Executivo também incorrerá em ofensa ao art. 165, III, da Constituição, quando promover vinculação de receitas, por impedir que, no encaminhamento do projeto de lei orçamentária, o Chefe do Poder Executivo possa propor outra destinação para tais receitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBOSA, Dênis Borges. *A eficácia do decreto autônomo e outros estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Limites da Iniciativa Parlamentar sobre Políticas Públicas: Uma proposta de releitura do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fevereiro/2013

(Texto para Discussão nº 122). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 18 dez. 2015.

CONTI, José Maurício. Iniciativa legislativa em matéria financeira. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 283-307.

MACHADO JR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: IBAM, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. Fundos especiais para prestação de serviços públicos e os limites da competência reservada em matéria financeira. In: PIRES, Adilson Rodrigues;

TORRES, Heleno Taveira [Orgs.]. *Princípios de direito financeira e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 35-61.

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

