

# **DIREITO FINANCEIRO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Homenagem ao Ministro Marco Aurélio**



**EDITORA AFILIADA**

---

Visite nossos *sites* na Internet  
*www.jurua.com.br* e  
*www.editorialjurua.com*  
e-mail: *editora@jurua.com.br*

---

**ISBN: 978-85-362-**



**Brasil** – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900  
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil  
**Europa** – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –  
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

**Editor:** José Ernani de Carvalho Pacheco

---

?????, ??????????????????  
????? ?????????????????????./ ?????????????????????

Curitiba: Juruá, 2013.

??? p.

1. ?????? 2. ??????. I. Título.

CDD ????.???  
CDU ???

---

**Marcus Lívio Gomes**  
**Marcus Abraham**  
**Helena Taveira Torres**  
Coordenadores

# **DIREITO FINANCEIRO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

## **Homenagem ao Ministro Marco Aurélio**

### Colaboradores

Abhner Youssif Mota Arabi	Leticia de Santis Mendes de Farias Mello
André Mendes Moreira	Marcelo Guerra Martins
Andrei Pitten Velloso	Marcus Abraham
Betina Treiger Grupenmacher	Marcus Lívio Gomes
Denise Lucena Cavalcante	Maria de Fátima Ribeiro
Fábio Zambitte Ibrahim	Mario A. Manhães de Andrade e Oliveira
Fernando Facury Scaff	Miguel Ángel Martínez Lago
Francisco Pedro Jucá	Ministro Luiz Edson Fachin
João Nicolsky	Ministro Luiz Fux
José Augusto Delgado	Regis Fernandes de Oliveira
José Mauricio Conti	Sacha Calmon Navarro Coelho
Kiyoshi Harada	Victor Benigno Porto
Lauro Ishikawa	Weder de Oliveira

Curitiba  
Juruá Editora  
2015



## APRESENTAÇÃO

---

*A obra que ora se apresenta constitui iniciativa acadêmica voltada a homenagear o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, não apenas por ser um dos maiores juristas do país e um dos magistrados que mais se dedica à evolução e a formação da jurisprudência a respeito dos mais complexos temas do Direito Financeiro, mas também pelo gracioso fato da comemoração por ter completado, no dia 13.06.2015, seu jubileu de prata como Ministro do Supremo Tribunal Federal, feito que merece todas as nossas homenagens.*

*Como não poderia ser diferente, toda a comunidade jurídica nacional reconhece e aplaude, de forma uníssona, a primorosa e dedicada atuação do Ministro Marco Aurélio aos trabalhos do Supremo Tribunal Federal no decorrer desses 25 (vinte e cinco) anos que honra a cadeira que ocupa. Pela notável cultura jurídica, pela competência técnica e pela sensibilidade social, que, aliados ao compromisso infatigável de defender a Constituição da República, constituem atributos únicos e essenciais de alguém que é um incansável propulsor de profícuas inovações nos métodos de trabalho e na interpretação constitucional conferida pela Suprema Corte.*

*Nascido no Rio de Janeiro e formado na tradicional Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o Ministro Marco Aurélio, antes de compor a Corte Suprema, já detinha um passado de sucesso no serviço público: fora Membro do Ministério Público do Trabalho junto à Justiça do Trabalho da 1ª Região, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região e Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho.*

*A Constituição da República nem tinha dois anos quando o Supremo Tribunal Federal o recebeu. São vinte e cinco anos de construção e reconstrução do Direito Constitucional e, especialmente, do Direito Financeiro. Nesse interregno, o final do século XX e o início do século XXI mostraram-se generosos para com o Direito. Ao lado de tantas transformações ocorridas em todos os ramos das ciências, o campo jurídico foi atravessado por uma devastadora produção jurisprudencial que almejou, pouco a pouco, transformar a solidez dos institutos sociais tradicionais ao caráter fluido apresentado por estes mesmos institutos na presente época.*

*Essa mesma evolução atinge o ofício judicante, sendo que a pretensa passividade do magistrado à atividade mecânica de simples revelação da vontade objetiva da lei foi desmistificada pelas modernas concepções da dogmática hermenêutica. Passou a ser reconhecido o essencial papel construtivo do intérprete na definição dos horizontes de sentido dos textos normativos.*

*O Ministro Marco Aurélio encabeçou esse time de magistrados e juristas dedicados a interpretar os enunciados constitucionais e guiar seus destinatários por caminhos sólidos e efetivos, com especial preocupação com a organicidade do sistema jurídico como um todo, sempre à luz das balizas e enunciados da Constituição.*

*Muito além do cargo que ocupa, o Ministro Marco Aurélio é um cidadão brasileiro marcado por sua coragem e por suas posições próprias, tendo diversas vezes demonstrado, ao longo desses 25 anos, as razões de ser um dos maiores juízes que o Tribunal já teve. Merece destaque, por servir como base de seus valores, sua preocupação obsessiva de ver a justiça como um serviço público, ou, como ele mesmo afirma, de atuar sendo **um servidor dos seus semelhantes**.*

*Em tempos de crise política e de uma necessidade popular cada vez maior de proteção dos direitos fundamentais, o momento exige a luta de grandes figuras públicas como o homenageado, que, embasado nessa louvável ideologia, aliado ao seu dinamismo, seriedade, posicionamento firme e ao permanente entusiasmo com que tem exercido o ofício jurisdicional, fazem do Ministro Marco Aurélio um servidor público a quem o Brasil e todos os brasileiros devem muito, especialmente pelo fato de não abandonar suas convicções jurídicas e éticas, ainda que para isto reste vencido isoladamente no plenário.*

*Guiado sempre por seu aguçado sentido da ordem e da justiça, direcionou, a partir de seus luminosos votos, diversas diretrizes jurisprudenciais prevalecentes na prática jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, especialmente na importantíssima seara do Direito Financeiro.*

*A presente coletânea de artigos, reunidas neste livro, pretende explicitar os principais fundamentos jurídicos financeiros que levaram e levarão os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao lado da laboriosa maestria do Ministro Marco Aurélio, a disciplinar os complexos e relevantes temas dessa disciplina.*

*Sobre o tema de fundo, desnecessário ressaltar a importância do Direito Financeiro nos dias atuais, pois cuida de ciência jurídica que permite ao Estado brasileiro realizar a árdua missão de desenvolver a economia e tentar ao máximo extirpar a pobreza e as desigualdades. Paralelamente, é um domínio especialmente dinâmico do direito. Este ramo do Direito tem*

*que compreender os novos desafios político-econômicos e as necessidades práticas da economia atual, o atual estágio dos reconhecimentos científicos e a mais recente evolução da matéria.*

*O presente livro representa um límpido retrato desse panorama, pois cada um dos artigos que o compõem, cuidadosamente preparados para esta coletânea, pretende analisar as premissas dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados e outros ainda recentes e difusos, que poderão resultar numa breve evolução da matéria.*

*Nesse espeque, a presente publicação adota metodologia que reforça a dialética que deve permear as discussões da ciência jurídica, com a participação de juristas, advogados, professores, juízes, conselheiros de tribunal de contas, procuradores e servidores públicos, todos com profundo conhecimento dos problemas e polêmicas atinentes à temática do Direito Financeiro.*

*Por oportuno, dentre os importantíssimos temas jurisprudenciais que serão analisados, vale referência: (i) controle jurisdicional sobre a abertura de créditos adicionais (ex: ADI 3.712); (ii) competência para fiscalização de repasses de verbas federais (ex: RMS 25.943); (iii) possibilidade de sequestro de verba pública (SS 2.287, RE 583.932); (iv) validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública (Tema 810 da Repercussão Geral); (v) portal de finanças e princípio da publicidade (ADI 2198); (vi) princípio da não afetação e vinculação da receita de impostos (ex: ADI 4.102, ADI 1.759, ADI 1750, ADI 2355 e RE 585.535); (vii) desvinculação de Receitas da União e o Pacto Federativo (Tema 277 da Repercussão geral – RE 566.007); (viii) judicialização das políticas públicas e escassez orçamentária (Temas 6, 220, 289, 500 e 698 da Repercussão Geral – RE 684.612); (ix) a política desonerativa da União e o impacto no orçamento dos entes subnacionais (Tema 653 da Repercussão Geral – RE 705.423); (x) o mito do orçamento impositivo trazido pela EC nº 86/15 (ADI 4663); e (xi) royalties do petróleo e a nova sistemática de distribuição trazida pela Lei 12.734/12 (ADI 4917).*

*Além dessas profundas análises ligadas ao Direito Financeiro, também sobreleva citar os estudos sobre: (xii) a responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa (Tema 576 da Repercussão Geral e Reclamação 2138); (xiii) quinze (15) anos da Lei de Responsabilidade Fiscal: desafios e perspectivas (ADI 2238); (xiv) a intranscendência das sanções no Direito Financeiro; (xv) critérios de indexação dos contratos de refinanciamento da dívida dos Estados e Municípios com a União; (xvi) orçamento participativo e democracia representativa: uma saída para a crise de representatividade atual; (xvii) parcerias público-privadas e restrições fiscais; (xviii) repartição de Receitas Tributárias e autonomia federativa; (xix) o financiamento da saúde na Constituição de 1988; (xx) liberdade do legislador orçamentário e não-afetação; e (xxi) o*

*STF e o Controle de constitucionalidade em matéria orçamentária. Por fim, a fim de corroborar a necessária dialética buscada nesta obra, apresentamos, também, a arguta análise do doutrinador espanhol Miguel Ángel Martínez Lago, da **Universidad Complutense de Madrid**, a respeito do “control de constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria: La jurisprudencia recaída en España sobre las reglas fiscales que son de aplicación a todos los ámbitos territoriales”.*

*Consectariamente, todos os ilustres especialistas que colaboraram com os belíssimos artigos que compõem esta homenagem nos brindam com brilhantes análises de como os temas mais densos dessa seara jurídica são tratados pela jurisprudência da Suprema Corte de nosso país, dando-lhes a roupagem que o contexto financeiro atual exige.*

*Ressalte-se que, hodiernamente, quem quer que se dedique ao ramo do Direito Financeiro passa a ter a necessidade de conhecer detalhadamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da atual interpretação dos princípios e das diretrizes financeiro-orçamentárias que inspiram o ordenamento jurídico.*

*Deveras, um dos maiores mentores da evolução jurisprudencial da Suprema Corte, o Ministro Marco Aurélio completa um ciclo, ainda longe de seu fim, culminando com os 25 (vinte e cinco) anos de exercício judicante na Suprema Corte de nosso país. Trata-se de uma das mais extraordinárias carreiras da magistratura brasileira, constituindo exemplo de dignidade, sabedoria, talento, dedicação e humanismo que enobrecem qualquer Instituição, especialmente a Magistratura, que, como ele mesmo gosta de afirmar, é um verdadeiro sacerdócio, ainda mais para um magistrado magnânimo como é exemplo ímpar nosso homenageado.*

*Enfim, é motivo de efusiva saudação esta homenagem, marcada não só pelo lapso temporal que consagra o jubileu de prata do ilustre Ministro Marco Aurélio, mas, principalmente, pelo seu exemplo em todas as particularidades da vida pública, a partir do qual todos nós devemos nos socorrer.*

*Honra-nos, pois, coordenar esta obra, composto por artigos elaborados pelos maiores especialistas do tema no Brasil, de tal sorte que, esperando que a tarefa tenha sido desempenhada com êxito, convidamos ao público o utilíssimo livro, que servirá de roteiro e de guia permanente àqueles que desejam estudar e conhecer melhor as sendas próprias de ramo tão sensível do ordenamento jurídico brasileiro.*

*Brasília-DF, 13.10.2015.*

**Helena Taveira Torres**

**Marcus Abraham**

**Marcus Lívio Gomes**



# **HOMENAGEM DOS ASSESSORES DO GABINETE DO MINISTRO MARCO AURÉLIO**

---

## **UM TRIBUTO À INTEGRIDADE JUDICIAL: 25 ANOS DO MINISTRO MARCO AURÉLIO NO STF**

### **- I -**

Os professores Lani Guinier e Gerald Torres cunharam a expressão *demosprudence* para referirem-se às mudanças constitucionais que ocorrem a partir de mobilizações e transformações sociais. A professora Guinier, em sua tese, destaca o valor intrínseco do voto vencido para o fenômeno: a capacidade do dissenso em convidar atores sociais, que discordam de determinadas decisões judiciais, em continuar e ampliar a discussão sobre os temas. Votos vencidos podem ser a *fagulha* do engajamento maior das pessoas em debates sobre o conteúdo e propósitos dos textos constitucionais, essencial para uma cultura política verdadeiramente democrática. Contribuem, assim, para a maior participação popular na evolução da jurisprudência constitucional. Para a autora, votos dissidentes “*podem tornar-se uma ferramenta crucial no diálogo contínuo entre direito constitucional e cultura constitucional*”<sup>1</sup>.

Além do valor intrinsecamente democrático, o voto vencido também tem um efeito positivo em relação à própria deliberação interna da Corte. A independência ante o entendimento majoritário atenua a influência da ideologia, contribuindo para evitar posições mais extremadas e aumentar a probabilidade de observância do Direito. Ademais, visões divergentes provocam análises mais detidas sobre o tema e despertam a atenção para aspectos juridicamente relevantes que, por vezes, são desprezados pela maioria. Nesse sentido, a presença de um juiz respeitado pelos colegas, disposto a questionar ideias consensuais e expor possíveis enganos, pode contribuir para elevar a qualidade das deliberações no Tribunal, potencializando a obtenção de melhores resultados.

---

<sup>1</sup> GUINIER, Lani. *Demosprudence Through Dissent*. **Harvard Law Review**, v. 122 (1), 2008. p. 4-138.

Na história do Supremo Tribunal Federal, nenhum outro juiz cumpriu e cumpre esses papéis, democrático (externo) e informativo (interno), do “voto vencido” como o faz o **Ministro Marco Aurélio**. Sempre buscando espaço próprio, nunca se preocupou em formar a corrente majoritária, mesmo quando já consolidada. Nunca tomou o “conforto da maioria” como aliado. Neste ano, celebram-se 25 anos desta trajetória ímpar no Supremo. Nós, assessores e admiradores, procuramos homenageá-lo destacando alguns de seus *grandiosos votos vencidos* que, justamente por não terem deixado a *fagulha* do dissenso se apagar, se tornaram, mais tarde, o fundamento decisivo do consenso da maioria. Seguem os dez principais exemplos de virada de jurisprudência a partir da divergência do Min. Marco Aurélio, e também algumas de suas inquietações mais recentes.

## - II -

Merecem destaques iniciais os casos de defesa do indivíduo contra a ação coercitivo-penal arbitrária do Estado. No julgamento do HC 69.657/SP<sup>2</sup>, de sua relatoria, acórdão redigido pelo Min. Rezek, o Min. Marco Aurélio defendeu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, sustentando que a imposição de cumprimento da pena em regime integral e fechado, não admitida a progressividade, ofendia, mesmo nos casos de crimes hediondos, o princípio da individualização da pena e a dignidade humana. Foi voto vencido, juntamente com o Min. Pertence. Quase quatorze anos depois, por maioria de um voto, o Tribunal modificou a posição no exame do HC 82.959/SP<sup>3</sup>, de sua relatoria, com os mesmos fundamentos do voto vencido do passado: a garantia da individualização da pena e tendo em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro tema no qual o Supremo alterou o entendimento, na linha defendida pelo Min. Marco Aurélio, foi o da inconstitucionalidade da execução provisória de pena ante o princípio da não culpabilidade. O ministro sempre afirmou a necessidade do trânsito em julgado do decreto condenatório. Nunca admitiu pudesse a ausência de efeito suspensivo a recurso autorizar a execução antecipada de sentença penal<sup>4</sup>. Foi voto vencido durante anos<sup>5</sup>. Em 05.02.2009, no HC 84.078/MG<sup>6</sup>, Rel. Min. Eros Grau, o Tribunal acabou por

<sup>2</sup> STF – Pleno, HC 69.657/SP, Red. do Acórdão Min. Francisco Rezek, j. em 18.12.1992, DJ 18.06.1993.

<sup>3</sup> STF – Pleno, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006, DJ 01.09.2006.

<sup>4</sup> STF – 2ª T., RHC 71.959/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.11.1994, DJ 02.05.1997.

<sup>5</sup> Cf. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Vencedor e Vencido**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 173 e ss.

<sup>6</sup> STF – Pleno, HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. em 05.02.2009, DJ 26.02.2009.

concluir pela inconstitucionalidade da execução provisória de pena restritiva de liberdade, tal como há tempos assentou o Min. Marco Aurélio, em razão do conteúdo normativo do princípio da não culpabilidade, interpretativamente potencializado pela dignidade da pessoa humana.

Caso paradigmático de mudança de jurisprudência ocorreu com o tema da prisão do depositário infiel. O Min. Marco Aurélio votava pela inconstitucionalidade da medida. Entre outros argumentos, aduzia a adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, que permite a prisão civil por dívida apenas na hipótese de descumprimento de obrigação alimentar<sup>7</sup>. Ficava vencido, juntamente com os ministros Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. Treze anos depois, no HC 87.585/TO<sup>8</sup>, de sua relatoria, no RE 349.703/RS<sup>9</sup>, Rel. Min. Ayres Britto, e no RE 466.343/SP<sup>10</sup>, Rel. Min. Cezar Peluso, o Supremo passou a aplicar a tese então vencida, declarando a invalidade da prisão de depositário infiel ante o fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, tido como norma supralegal.

Outro julgado emblemático diz respeito à exigência de recolhimento à prisão do acusado para apelar, e consequente deserção do recurso no caso de fuga, consoante previsto no art. 595 do CPP. O Supremo não vislumbrava configurada afronta à ampla defesa, enxergando a norma como pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal. O Min. Marco Aurélio votava em sentido contrário, sublinhando o cerceamento de defesa e a transgressão ao princípio da não culpabilidade<sup>11</sup>. Sempre insistiu no ponto, vindo a motivar a mudança de entendimento do Tribunal quase dez anos depois. No HC 85.961/SP<sup>12</sup>, de sua relatoria, o ministro reiterou os argumentos de a regra processual encerrar autêntica antecipação da execução da pena, antes do trânsito em julgado. Por unanimidade, o Tribunal reconheceu a incompatibilidade com a Carta de 1988.

Esses votos demonstram a orientação de um juiz voltado à proteção maior dos direitos fundamentais. O Min. Marco Aurélio observou sempre a mesma premissa em outras áreas, como a do devido processo legal e consecutórios. Evolução jurisprudencial, particularmente importante, ocorreu nos

<sup>7</sup> STF – Pleno, HC 72.131/RJ, Red. do Acórdão Min. Moreira Alves, j. em 23.11.1995, DJ 01.08.2003. Cf. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Vencedor e Vencido**. *Op. cit.*, p. 45 e ss.

<sup>8</sup> STF – Pleno, HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 03.12.2008, DJ 26.06.2009.

<sup>9</sup> STF – Pleno, RE 349.703/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Red. do Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 03.12.2008, DJ 05.06.2009.

<sup>10</sup> STF – Pleno, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03.12.2008, DJ 05.06.2009.

<sup>11</sup> STF – 2ª Turma, HC 76.878/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão, Min. Maurício Corrêa, j. em 04.08.1998, DJ 24.08.2001.

<sup>12</sup> STF – Pleno, HC 85.961/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 05.03.2009, DJ 17.04.2009.

casos de exigência de depósito ou de arrolamento de bens como requisito de apreciação de recursos administrativos. Na Medida Cautelar na ADI 1.049/DF<sup>13</sup>, Rel. Min. Celso de Mello, a maioria indeferiu pedido de suspensão da eficácia de norma por meio da qual se exigia o depósito do valor de multa como condição de julgamento de recurso em processo administrativo no âmbito do INSS. O Min. Marco Aurélio votou vencido, junto ao relator, defendendo a ampla defesa como elemento do devido processo administrativo.

Tema análogo foi debatido no RE 210.246/GO<sup>14</sup>, da relatoria do Min. Nelson Jobim, desta feita em relação ao art. 636, § 1º, da CLT, no qual prevista a exigência de depósito prévio do valor de multa trabalhista como condição de sequência de recurso junto ao Ministério do Trabalho. A maioria considerou constitucional a exigência, tendo, mais uma vez, o Min. Marco Aurélio votado vencido por enxergar violação à ampla defesa. No mesmo sentido, o Tribunal, nas Medidas Cautelares nas ADIs 1.922/DF e 1.976/DF<sup>15</sup>, relator Min. Moreira Alves, assentou a constitucionalidade da exigência do depósito de 30% de crédito tributário lançado como condição de subida de recurso administrativo ao antigo Conselho de Contribuintes, hoje CARF. O Min. Marco Aurélio também votou vencido, aduzindo, novamente, violação à ampla defesa.

Alguns anos depois, seguindo a linha defendida pelo Min. Marco Aurélio, o Supremo passou a declarar inválidos óbices recursais da espécie, consignando que toda norma que veicule tais obstáculos viola o direito fundamental de ampla defesa. No RE 388.359/PE<sup>16</sup>, de sua relatoria, e no mérito das mencionadas ADIs 1.922 e 1.976<sup>17</sup>, o Supremo proclamou a inconstitucionalidade da norma restritiva aos recursos propostos para o CARF. No RE 389.383/SP<sup>18</sup>, também da relatoria do Min. Marco Aurélio, foi julgado inconstitucional o óbice quanto ao processo administrativo do INSS. Já na ADPF 156/DF<sup>19</sup>, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, foi encerrada a virada jurisprudencial total com a declaração de inconstitucionalidade do depósito no âmbito do processo administrativo trabalhista. Ao fim, a persistência do Min. Marco Aurélio surtiu bons frutos ao devido processo legal.

---

<sup>13</sup> STF – Pleno, ADI-MC 1.049/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 18.05.1995, DJ 25.08.1995.

<sup>14</sup> STF – Pleno, RE 210.246/GO, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 12.11.1997, DJ 17.03.2000.

<sup>15</sup> STF – Pleno, ADI-MC 1.922/DF e 1.976/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 06.10.1999, DJ 24.11.2000.

<sup>16</sup> STF – Pleno, RE 388.359/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.03.2007, DJ 22.06.2007.

<sup>17</sup> STF – Pleno, ADI 1.922/DF e 1.976/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 28.03.2007, DJ 18.05.2007.

<sup>18</sup> STF – Pleno, RE 389.383/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 28.03.2007, DJ 29.06.2007.

<sup>19</sup> STF – Pleno, ADPF 156/DF, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. em 18.08.2011, DJ 28.10.2011.

O Min. Marco Aurélio sempre se opôs a formalismos que violassem o devido processo legal. Assim procedeu quanto à questão da admissibilidade ou não do chamado “recurso prematuro”. O Tribunal havia consolidado orientação no sentido de a intempestividade recursal ocorrer na forma prematura, ou seja, quando o recurso fosse interposto antes da publicação do acórdão impugnado<sup>20</sup>. O Min. Marco Aurélio, no julgamento dos EDcl. no Ag.Rg. na Pet 3.087/DF<sup>21</sup>, discordou dessa posição, ficando vencido ao admitir o recurso prematuro. Aduziu que concepção contrária apenas a parte diligente e viola o direito de defesa. Esse entendimento, uma vez isolado, passou a representar, recentemente, a posição de ambas as Turmas do Tribunal<sup>22</sup>. A maioria agora rejeita o formalismo excessivo em favor do acesso à justiça.

O ministro também teve participação destacada em uma das mais importantes mudanças recentes da jurisprudência do Supremo: a relativa à efetividade do mandado de injunção no combate às omissões legislativas. Na importante Questão de Ordem no MI 107<sup>23</sup>, relatoria do Min. Moreira Alves, o Supremo decidiu serem inadmissíveis decisões com caráter *constitutivo* em sede de mandado de injunção, de forma a não poder o Tribunal suprir, diretamente, lacunas normativas. Em síntese, o Supremo não poderia atuar como “legislador positivo” nesses casos. O Min. Marco Aurélio não participou do julgamento dessa questão de ordem. Todavia, desde 1994, a começar pelo julgamento do MI 20/DF<sup>24</sup>, votava vencido, ao lado do Min. Carlos Velloso, no sentido de ser abandonada essa jurisprudência restritiva.

O Min. Marco Aurélio propunha pudesse o Supremo formular a norma faltante para o caso concreto por meio do mandado de injunção. Nunca admitiu a equiparação eficaz entre o mandado e a ação direta por omissão. Para ele, “*a razão de ser do mandado de injunção [...] está [...] em viabilizar o exercício do direito reconhecido constitucionalmente e afastar as consequências desastrosas, inclusive à segurança na vida gregária, da omissão do legislador*”. A opinião do Min. Marco Aurélio, antes minoritária, tornou-se vencedora, mais de dez anos depois, no julgamento dos MIs 670, 708 e 712<sup>25</sup>, o famoso caso da “greve dos servidores públi-

<sup>20</sup> P. ex.: STF – 2ª T., Ag.Rg. na PET 1.320/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 03.11.1997, DJU 06.02.1998.

<sup>21</sup> STF – Pleno, EDcl. no Ag.Rg. na Pet. 3.087/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 07.04.2005, DJ 02.12.2005.

<sup>22</sup> STF – 1ª T., EDcl. no HC 101.132/MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 24.04.2012, DJ 22.05.2012; STF – 2ª T., Ag.Rg. no ARE 856.169/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28.04.2015, DJU 13.05.2015.

<sup>23</sup> STF – Pleno, MI – QO 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 23.11.1989, DJU 02.08.1991.

<sup>24</sup> STF – Pleno, MI 20. Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.1994, DJ 22.11.1996.

<sup>25</sup> STF – Pleno. MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator do Ac. Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007, DJ 30.10.2008; STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar

cos”, quando o Supremo reconheceu ser hora de utilizar o mandado de injunção para suprir, diretamente, a lacuna inconstitucional ante a inércia persistente do legislador.

Em caso mais recente, examinado sob o ângulo da repercussão geral, evidenciou-se a atenção diferenciada que o Min. Marco Aurélio presta à segurança jurídica e ao instituto da coisa julgada. O Supremo tinha o entendimento de não se aplicar, aos casos em que envolvida interpretação de norma constitucional, a Súmula 343, segundo a qual “*não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”. O Min. Marco Aurélio nunca admitiu o afastamento do Verbete, tendo assim votado vencido, isoladamente, nas ARs 1.409/SC e 1.578/PR<sup>26</sup>, ambas da relatoria da Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, relativas ao controvertido caso do Finsocial devido por empresas prestadoras de serviço.

No RE 590.809/RS<sup>27</sup>, de sua relatoria, o Min. Marco Aurélio propôs a mudança dessa jurisprudência. Defendeu o não cabimento de rescisória quando verificado estar a decisão rescindenda em harmonia com o entendimento do Supremo vigente à época em que proferida, mesmo se envolvido tema constitucional e, posteriormente, alterada a posição do Tribunal sobre a matéria de fundo. Advertindo não poderem ser confundidas a defesa da coisa julgada com a modulação dos efeitos da decisão do Supremo, assentou que recusar a rescisória é prestigiar a natureza de cláusula pétrea da primeira. A adequação da ação deveria ser reservada a hipóteses excepcionais, em homenagem à segurança jurídica e ao ideal de estabilidade das relações sociais. A maioria da Corte concordou e avançou a virada jurisprudencial.

### - III -

Os casos narrados revelam a importância não só do voto vencido em si mesmo, mas também de o Supremo contar com um juiz que, estando os ministros reunidos em Plenário, insista no ponto de vista discordante de modo a dar nova oportunidade aos membros para refletirem e deliberarem sobre as matérias, possibilitando a mudança do entendimento se assim concluírem. A insistência do Min. Marco Aurélio e a coragem de figurar como voz isolada têm, muitas vezes, permitido ao Tribunal atualizar sua posição

---

Mendes, j. em 25.10.2007, DJ 30.10.2008; STF – Pleno. MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.10.2007, DJ 30.10.2008.

<sup>26</sup> STF – Pleno, AR 1.409/SC, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, j. em 26.03.2009, DJ 15.05.2009; STF – Pleno, AR 1.578/PR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, j. em 26.03.2009, DJ 21.08.2009.

<sup>27</sup> STF – Pleno, RE 590.809/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.10.2014, DJ 24.11.2014.

ante as transformações que só o tempo produz. Assim, a própria Carta da República se atualiza. Daí a relevância das inquietações e provocações jurídicas do ministro, muitas dessas já tendo favorecido alterações da jurisprudência, outras, mais recentes, sendo apenas, como o próprio Min. Marco Aurélio gosta de dizer, uma semente plantada.

A utilização indiscriminada da modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade tem sido a principal inquietação recente do Min. Marco Aurélio. Na ADI 4.481/PR<sup>28</sup>, o Supremo assentou a invalidade de norma estadual por meio da qual foram concedidos benefícios fiscais do ICMS sem convênio interestadual prévio, clara prática da denominada “guerra fiscal”. Não obstante haver posição do Tribunal, há mais de vinte e cinco anos, pela inconstitucionalidade de normas da espécie, a maioria decidiu pela modulação. O Min. Marco Aurélio não só discordou, como alertou para os efeitos perversos da postura do Supremo, porquanto capaz de incentivar a edição de leis inconstitucionais. O ministro condenou o pragmatismo desprovido de parâmetros razoáveis das recentes decisões de modulação.

Outro ponto de discordância do Min. Marco Aurélio tem sido o controle pelo Supremo dos atos dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. O Tribunal consignou, de forma defensiva, a impossibilidade de fiscalização dos denominados “atos de conteúdo negativo”, notadamente dos que não impliquem comandos específicos aos órgãos fiscalizados<sup>29</sup>. O Min. Marco Aurélio tem sustentado o erro dessa posição quando não distinguiu a situação em que os Conselhos não enfrentam as controvérsias daquela em que examinam o mérito da decisão da origem para mantê-la. No MS 33.163/DF<sup>30</sup>, de sua relatoria, votou vencido advertindo o risco de essa orientação defensiva implicar espaços imunes da atuação dos Conselhos ao Supremo. É de se esperar, ante a relevância da matéria, que insistirá no tema.

O Min. Marco Aurélio, em mais de uma ocasião<sup>31</sup>, defendeu, isoladamente, que as partes devem dispor de meio para provocar o Supremo quanto à aplicação, pelos Tribunais de origem, dos precedentes assentados em repercussão geral. A preocupação passou a surtir efeitos na Rcl nº

---

<sup>28</sup> STF – Pleno, ADI 4.481/PR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 11.03.2015, DJ 19.05.2015.

<sup>29</sup> STF – Pleno, AgRg no MS 27.148/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 11.05.2011, DJ 25.05.2011.

<sup>30</sup> STF – 1ª T., MS 33.163/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do ac. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 05.05.2015.

<sup>31</sup> STF – Pleno, AgRg, na Rcl 15.165/MT, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 20.03.2013, DJ 26.08.2013; STF – Pleno, AgR na Rcl 13.508/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 23.05.2013, DJ 21.06.2013.

12.681/DF<sup>32</sup>, quando a 1ª Turma acompanhou seu voto, não só para reconhecer a viabilidade da reclamação, como para corrigir equívoco na aplicação do precedente. A questão processual será, definitivamente, decidida em regimentais propostos nas Rcls. 11.427/MG e 11.408/RS, ambas da relatoria do Min. Lewandowski, suspensos por pedido de vista do Min. Luiz Fux. Há tendência do Tribunal em seguir o Min. Marco Aurélio no sentido de, como ele mesmo diz, não se “*fechar, peremptoriamente, a porta do Supremo àquelas que se sintam prejudicados*”.

#### - IV -

O Min. Marco Aurélio é autor, e também relator, de votos vencedores memoráveis em processos paradigmáticos. Apenas para citar alguns, temos os casos da anencefalia, da Lei Maria da Penha e da cláusula de barreira. Formou com a maioria em outros tantos casos relevantes, como o da união homoafetiva, das pesquisas com célula tronco embrionária e das cotas raciais em universidades públicas. Isso demonstra que o espaço do Min. Marco Aurélio no Supremo é muito maior do que o de ser uma voz dissonante. Não obstante, o que esta homenagem quis demonstrar é o quão importante e como é bem realizado pelo Min. Marco Aurélio o papel de discordar da maioria sem constrangimentos ou temores, com independência e espírito deliberativo.

O Ministro Marco Aurélio é conhecido por agir conforme seu convencimento, sem se preocupar com o grau de acatamento externo. A divergência, ainda que fique vencido, não o assusta nem é capaz de abalar suas convicções. O ministro decide na contramão do pensamento majoritário com base na “ciência e consciência possuídas”, como gosta de lembrar, e não pelo puro gosto de discordar. Assim o faz porque é apaixonado pelo cargo que ocupa, pela função que desempenha; porque julga cada processo como se fosse o primeiro de sua vida, todos os dias, e acredita na evolução constante do direito. Assim atua porque se vê, sempre, como um servidor da sociedade, e com ela deve sempre dialogar.

---

<sup>32</sup> STF – 1ª T., Rcl. 12.681/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 04.06.2013, DJ 28.06.2013.



## **PREFÁCIO**

---



## SUMÁRIO

---

<b>ORÇAMENTO PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL, A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL ORÇAMENTÁRIA E A PROBLEMÁTICA DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO</b>	
<i>Luiz Fux</i> .....	23
<b>A PROMOÇÃO DA TRANSPARÊNCIA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	
<i>Luiz Edson Fachin</i> .....	47
<b>REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS E AUTONOMIA FEDERATIVA</b>	
<i>André Mendes Moreira</i> .....	59
<b>REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS E AUTONOMIA FEDERATIVA</b>	
<i>Andrei Pitten Velloso</i> .....	87
<b>PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E RESTRIÇÕES FISCAIS</b>	
<i>Betina Treiger Gruppenmacher</i> .....	107
<b>PORTAL DE FINANÇAS E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	
<i>Denise Lucena Cavalcante</i> .....	121
<b>O FINANCIAMENTO DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b>	
<i>Fábio Zambitte Ibrahim</i> .....	135
<b>LIBERDADE DO LEGISLADOR ORÇAMENTÁRIO E NÃO-AFETAÇÃO – CAPTURA VERSUS GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	
<i>Fernando Facury Scaff</i> .....	147
<b>ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA</b>	
<i>Francisco Pedro Jucá / Lauro Ishikawa</i> .....	167

<b>PRECATÓRIOS: POSSIBILIDADE DE SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA (SS 2.287, RE 583.932) E A ADI 4357 E A RECENTE MODULAÇÃO DE EFEITOS</b>	
<i>José Augusto Delgado</i> .....	193
<b>O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA</b>	
<i>José Mauricio Conti</i> .....	217
<b>RETENÇÃO DE RECURSOS ENTRE OS ENTES POLÍTICOS E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 160 DA CONSTITUIÇÃO</b>	
<i>Kiyoshi Harada</i> .....	237
<b>RETENÇÃO DE RECURSOS ENTRE ENTES POLÍTICOS E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 160 DA CONSTITUIÇÃO (TEMA 327 DA REPERCUSSÃO GERAL)</b>	
<i>Leticia de Santis Mendes de Farias Mello / Mario Antônio Manhães de Andrade e Oliveira / João Nicolisky</i> .....	255
<b>PORTAL DE FINANÇAS E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: JULGAMENTO DA ADIN 2.198 PELO STF</b>	
<i>Marcelo Guerra Martins</i> .....	281
<b>EFETIVIDADE E VINCULAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E A ADI 4.663</b>	
<i>Marcus Abraham</i> .....	303
<b>A INFLUÊNCIA DA DECISÃO DAS ADIS 3.457 E 4.425 NA CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA. O TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF</b>	
<i>Marcus Lívio Gomes/Victor Benigno Porto/Abhner Youssif Mota Arabi</i> .....	323
<b>A POLÍTICA DESONERATIVA DA UNIÃO E O IMPACTO NO ORÇAMENTO DOS ENTES SUBNACIONAIS (TEMA 653 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 705.423)</b>	
<i>Maria de Fátima Ribeiro</i> .....	345
<b>EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN ESPAÑA</b>	
<i>Miguel Ángel Martínez Lago</i> .....	365
<b>15 ANOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – (DESAFIOS E PERSPECTIVAS (ADI 2238)</b>	
<i>Regis Fernandes de Oliveira</i> .....	379

---

<b>ROYALTIES DO PETRÓLEO: A LEI NOVA É CONSTITUCIONAL. A LEI FEDERAL 12.734/12 E AS CONVENÇÕES SOBRE O DIREITO DO MAR</b>	
<i>Sacha Calmon Navarro Coelho</i> .....	401
<b>RMS 25.943-DF/ STF – A AÇÃO FISCALIZADORA AMPLA, CONCENTRADA E OSTENSIVA DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO SOBRE A APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS NOS MUNICÍPIOS</b>	
<i>Weder de Oliveira</i> .....	417
<b>ÍNDICE ALFABÉTICO</b> .....	447



# ORÇAMENTO PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL, A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL ORÇAMENTÁRIA E A PROBLEMÁTICA DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

*Luiz Fux*<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Do Cabimento da Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal; 3. A Autonomia Orçamentária: Limites e Garantias da Prerrogativa Constitucional; 4. A Força Vinculante das Normas Orçamentárias: Novas Visões sobre a Temática; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Financeiro, à luz da sua concepção democrática e da forma federativa de Estado adotada pela Constituição de 1988, projeta a atividade orçamentária estatal como detentora de especial relevância. Tanto o é que grande parte das definições que o texto constitucional vigente traz sobre tal campo jurídico é destinada aos orçamentos públicos, conferindo tratamento desde seu momento de elaboração até as diretrizes para sua execução. Deveras, o constituinte dedicou ao tema seção especial (Título VI – “Da Tributação e do Orçamento” –, Capítulo II – “Das Finanças Públicas” –, Seção II – “Dos Orçamentos”), destinando à questão tratamento constitucional que, embora não exauriente, é bastante amplo.

---

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor Titular de Processo Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

A sobrelevada importância dos orçamentos públicos é, inclusive, considerada por alguns como o ato normativo de maior importância para o desempenho das atividades Estatais depois do texto constitucional<sup>2</sup>, já que neles é que se realiza o exame de previsão de receitas e de fixação de despesas<sup>3</sup>, as quais refletem, *in concreto*, os recursos à disposição dos órgãos públicos para que cumpram suas atribuições e possibilitam o controle público das contas estatais. O orçamento público, portanto, constitui a própria base de toda a atividade financeira do Estado, um importante instrumento de planejamento e formulação de políticas públicas, que procura conciliar a limitação de seus recursos financeiros com a concretização de direitos fundamentais e a excelência na prestação dos serviços públicos.

Historicamente, a origem da elaboração de instrumentos de planejamento, autorização e controle de gastos públicos – as peças orçamentárias – remonta à época em que se desenvolveu a distinção entre o patrimônio estatal e o patrimônio do governante, conferindo ao primeiro caráter público, superando uma perspectiva estritamente particular e pessoal. Em verdade, essa noção de limitação e controle das despesas públicas se fortalece justamente na Era Moderna, pelo surgimento e incremento da própria ideia de constitucionalismo, e de concepções liberais como a do Estado de Direito (*rule of law*), marcado por eventos históricos dos Séculos XVII e XVIII, tais como as Revoluções Inglesas, Americana e Francesa.

A exteriorização da peça orçamentária, porém, pode se dar de diferentes formas, conforme as diversas teorias sobre o tema. Nesse sentido, discute-se, por exemplo, sobre a sua natureza jurídica: se ato administrativo, lei em sentido formal, lei em sentido material, mero documento contábil, etc. De todo modo, no modelo brasileiro, prevalece que as peças orçamentárias revestem-se como leis, pelo menos sob o ponto de vista da forma de sua exteriorização. Isso porque, conforme as disposições do texto constitucional, tanto o plano plurianual, quanto as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual são publicados como leis, mediante iniciativa do chefe do respectivo Poder Executivo e depois de transcorrido o devido processo legislativo<sup>4</sup>.

Destarte, tendo em vista o tratamento constitucional dispensado à matéria, bem como este último aspecto levantado quanto à natureza legislativa do orçamento público no ordenamento jurídico brasileiro, a atuação jurisdicional detém importante papel na definição dos contornos da temática. Em especial, surge importante a análise do Supremo Tribunal Federal sobre

---

<sup>2</sup> Conf. TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 340.

<sup>3</sup> A propósito, conferir a disposição do art. 165, § 8º, da CRFB/88.

<sup>4</sup> Nesse sentido são as disposições dos arts. 165 e ss. da CRFB/88.



as questões, tendo em vista ser este o órgão jurisdicional ao qual a norma fundamental brasileira atribui o papel de *guardião da Constituição*.

Dentro dessa perspectiva, há dois pontos que parecem especialmente interessantes a serem analisados nessa obra coletiva destinada a analisar aspectos jurisprudenciais das decisões do Supremo Tribunal Federal em Direito Financeiro. De início, a evolução jurisprudencial da Corte quanto à possibilidade ou não da fiscalização abstrata de constitucionalidade de leis orçamentárias, refletindo o posicionamento inicial da corte e suas alterações até o entendimento que atualmente prevalece. Outra questão fundamental diz respeito à autonomia que o texto constitucional vigente atribui a determinados órgãos, aos quais se atribui a prerrogativa de elaboração de suas respectivas propostas orçamentárias, dentro de alguns limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Por fim, abordar-se-á brevemente a eficácia impositiva das leis orçamentárias, questão também já enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal.

É fundamentalmente sobre essas questões que o presente artigo pretende tratar, abordando as principais controvérsias historicamente estabelecidas sobre os pontos destacados, a respectiva evolução de entendimento e a posição atualmente afirmada pela Corte.

Antes que se adentre propriamente ao assunto, porém, impossível seria falar sobre o tema – especialmente nessa obra que a ele se dedica – sem render homenagens ao Min. Marco Aurélio, que tão brilhantemente completou 25 anos de magistratura junto ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um exímio jurista, que participou ativamente de grandes construções e alterações jurisprudenciais relevantes ao Direito pátrio e à nação brasileira como um todo. A ele nossas homenagens expressas por essa obra comemorativa.

## **2 DO CABIMENTO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Como primeiro tópico deste trabalho, analisar-se-ão os aspectos jurisprudenciais sobre a possibilidade e os limites do controle judicial dos orçamentos públicos, especialmente no que se refere à sua fiscalização abstrata de constitucionalidade. Como já adiantado, observa-se quanto ao ponto uma evolução do entendimento jurisprudencial do STF quanto ao tema, nos termos do que a seguir se expõe.

De início, sob o fundamento de que as leis orçamentárias revelam-se como atos normativos de efeitos meramente concretos, sendo lei apenas

em sentido formal, entendia-se serem incabíveis as ações de controle concentrado que impugnavam este tipo de lei. Entendia-se, nesse primeiro momento, que a impugnação de lei orçamentária não representaria, a rigor, o ataque a um ato normativo, mas a um ato político-administrativo concreto de destinação de recursos, que apenas formalmente se reveste como lei. Seria descabido o controle de constitucionalidade, portanto, por não se tratar de ato normativo. Foi o que restou assentado, *verbi gratia*, no julgamento da ADI 1.640, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 03.04.1998, cujo acórdão foi assim ementado (grifos nossos):

**Direito constitucional e tributário. Contribuição provisória sobre movimentação financeira – C.P.M.F. Ação direta de inconstitucionalidade ‘da utilização de recursos da C.P.M.F.’ como prevista na Lei 9.438/97. Lei orçamentária: ato político-administrativo – e não normativo. Impossibilidade jurídica do pedido: art. 102, I, “a”, da c.f. 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, ‘a’, da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão unânime.**

Outro fundamento que também era adotado pela conclusão acima referida era o de que, como não se trataria de ato normativo, mas de ato de efeitos meramente concretos, a intromissão do Judiciário na questão seria indevida, representando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CRFB/88).

Entretanto, a Suprema Corte começou a dar sinais de que este posicionamento poderia ser revisto. Veja-se, a propósito o que diferentemente decidido no julgamento da ADI 2.925, rel. Min. Ellen Gracie, redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 04.03.2005, a possibilidade de controle concentrado destes atos normativos (grifos nossos):

**Processo objetivo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei orçamentária. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. Lei orçamentária. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Importação e comer-**

**cialização de petróleo e derivados, gás natural e derivados e álcool combustível. Cide. Destinação. Art. 177, § 4º, da Constituição Federal. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária 10.640, de 14.01.2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do art. 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas 'a', 'b' e 'c' do inc. II do citado parágrafo.**

Nesta ocasião, não se superava exatamente a posição anterior, mas apenas se assentava que em casos nos quais se evidenciasse os aspectos de generalidade e abstração, bem como a alegada violação direta a dispositivo constitucional, seria admissível a ação de fiscalização abstrata de inconstitucionalidade.

Uma nova interpretação judicial do texto constitucional, porém, passou a ser amplamente afirmada pelo Tribunal em estágio posterior, superando aquele restritivo entendimento inicial. Um importante marco neste processo foi a ADI 4.048-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 21.08.2008, quando se impugnava Medida Provisória que abria crédito extraordinário, cujo acórdão foi assim ementado (grifos nossos):

**Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do poder executivo na edição de medidas provisórias. I. Medida provisória e sua conversão em lei. Conversão da medida provisória na Lei 11.658/08, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. Limites constitucionais à atividade legislativa excepcional do poder executivo na edição de medidas provisórias para abertura de crédito extraordinário. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inc. I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões 'guer-**

*ra*, ‘*comoção interna*’ e ‘*calamidade pública*’ constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inc. I, alínea ‘d’, da Constituição. ‘*Guerra*’, ‘*comoção interna*’ e ‘*calamidade pública*’ são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP 405/07 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP 405/07 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. **IV. Medida cautelar deferida.** Suspensão da vigência da Lei 11.658/08, desde a sua publicação, ocorrida em 22.04.2008.

Esse mesmo entendimento foi novamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.049-MC, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 08.05.2009, cujo acórdão foi assim ementado (grifos nossos):

**Constitucional. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória 402, de 23.11.2007, convertida na Lei 11.656, de 16.04.2008. Abertura de crédito extraordinário. Ausência dos requisitos constitucionais da imprevisibilidade e da urgência (§ 3º do art. 167 da CF), concomitantemente. 1. A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal. Precedente: ADI 4.048-MC. 2. Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o crédito extraordinário nela referido. Hipótese em que a abertura do crédito se deu nos últimos quatro meses do exercício, projetando-se, nos limites de seus saldos, para o orçamento do exercício financeiro subsequente (§ 2º do art. 167 da CF). 3. A conversão em lei da medida provisória que abre crédito extraordinário não prejudica a análise deste Supremo Tribunal Federal quanto aos vícios apontados na ação direta de inconstitucionalidade. 4. A abertura de crédito extraordinário para pagamento de despesas de simples custeio e investimentos triviais, que evidentemente não se caracterizam pela imprevisibilidade e urgência, viola o § 3º do art. 167 da Constituição Federal. Violação que alcança o inciso V do mesmo artigo, na medida em que o ato normativo adversado vem a categorizar como de natureza extraordinária crédito que, em verdade, não passa de especial, ou suplementar. 5. Medida cautelar deferida.**

Em razão da relevância da alteração de entendimento, além da clareza e sinteticidade do pronunciamento, permito-me citar trecho do voto proferido pelo Min. relator na ocasião (grifos nossos):

*Começo por assentar o cabimento desta ação direta de inconstitucionalidade. E o faço porque a Constituição, quando diz competir originariamente a esta nossa Corte processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, faz a seguinte distinção (é como penso): a lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. Para esse efeito, exige-se tal densidade apenas para o ato que não caracterize lei em sentido formal.*

*7. Essa distinção parte da evidência de que a lei (como todo e qualquer modelo que o art. 59 da CF expressamente lista) é, por definição, ato de aplicação primeira da Constituição. Por isso que inova primariamente a Ordem Jurídica. Inova primariamente a Ordem Jurídica, entenda-se, em face da teoria que faz da Constituição originária um documento de fundação ou inauguração do ordenamento jurídico de um povo soberano.*

*8. Acrescento: em se tratando de lei orçamentária, avulta um traço peculiar: abaixo da Constituição não há lei mais importante para a Administração Pública, porque o orçamento anual é o diploma legal que mais influencia o destino de toda a coletividade administrada, na medida em que fixa todas as despesas e prevê todas as receitas públicas para um determinado exercício financeiro. Donde se chamar a lei orçamentária de lei de meios. Deixá-la de fora do controle de constitucionalidade em processos objetivos parece um dar às costas ao reconhecimento de uma relevância que é tão intrínseca quanto superlativa. Lei orçamentária que, formalmente, é de natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda a máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda a sociedade civil<sup>5</sup>.*

Destarte, o entendimento que atualmente predomina é o da possibilidade de impugnação, por meio das ações de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, das leis orçamentárias. Não obstante, ainda hoje, é comum que, nas informações que as autoridades do Executivo prestam nessas ações, seja alegada a impossibilidade de controle judicial da matéria, postulando-se um retorno àquele primeiro entendimento jurisprudencial. Entretanto, tais pedidos têm restado rechaçados.

Também em sede da doutrina constitucionalista, tem se defendido amplamente a possibilidade de que leis orçamentárias sejam objeto da fisca-

<sup>5</sup> Ainda nesse mesmo sentido: Neste mesmo sentido citamos os seguintes precedentes: ADPF 307-MC-Ref, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27/3/2014; ADI 4.270, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 28/9/2012; ADI 3.949, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 7/8/2009; ADI 4.049-MC, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 7/5/2009; ADI 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe 19/09/2008.

lização abstrata de constitucionalidade, quando houver, em suas impugnações, questão constitucional suscitada em abstrato, independentemente de seu caráter geral e abstrato, ou específico e concreto. Veja-se, a propósito, o magistério do Min. Gilmar Mendes em seu *Curso de Direito Constitucional*:

*A extensão da jurisprudência sobre o ato de efeito concreto – desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeitos concretos – às chamadas **leis formais** suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.*

*Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.*

*Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e jurisdição ordinária.*

*Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados **sob a forma de lei**. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).*

[...]

*Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque **abstrato** – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.*

[...]

*Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – **lei casuística** – de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações.*

*Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto inidôneas para o controle abstrato de normas.*

*Em boa hora, ao apreciar a ADI 4.048, o Plenário do STF promoveu revisão de sua jurisprudência, ao conceder medida liminar no sentido de reconhecer que as leis orçamentárias também poderiam ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade, no entendimento de que “o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema*

*ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter feral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto*'. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.167-1.168)

A conclusão da doutrina especializada é também a mesma, tal qual decorre dos excertos colacionados:

*Assim, é fora de dúvida que todo o processo legislativo é passível de controle de constitucionalidade, resta saber se este pode alcançar inclusive a própria lei orçamentária após sua publicação. A partir de 2003, e mormente após o julgamento da ADI 4.048, o STF afastou-se da tese formalista, para admitir o exame de constitucionalidade por norma jurídica veiculada nos artigos ou disposições da lei orçamentária, ou seja, sem qualquer exclusão 'a priori' da jurisdição constitucional, a pretexto de se tratar de 'ato administrativo', 'ato-condição', lei de efeito concreto ou similar. Tem-se, com isso, a valorização da Constituição Financeira e abre-se importante acesso à justiça para o controle dos vícios nas leis orçamentárias. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 398).*

*O Supremo Tribunal Federal, devido ao conteúdo político e não normativo, entendia tratar-se o Orçamento Público de um ato de efeito concreto, específico e de caráter individual, e não dotado, como a generalidade das leis, de efeitos abstratos, genéricos e impessoais, desprovidos de necessária densidade normativa que os preceitos legais em regra possuem. A partir desse entendimento, afirmava a Corte Suprema que não seria possível sua manifestação em eventual questionamento sobre a inconstitucionalidade de lei orçamentária. [...]*

*Entretanto, mais recentemente, o STF tem mudado sua posição quanto à possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, inclusive nas questões que envolvem o debate acerca das políticas públicas na seara dos direitos sociais e fundamentais. Assim, aquela Corte tem-se manifestado no sentido de ser possível submeter as leis orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 239-240).*

*Discute-se sobre a possibilidade de interposição da denominada ação direta de inconstitucionalidade – ADIn – contra as leis orçamentárias. Será possível discutir, em ação direta de inconstitucionalidade, preceitos da lei orçamentária?*

*Até o ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal entendia no sentido da impossibilidade do controle concentrado de inconstitucionalidade sobre a lei orçamentária, uma vez que se cuida de ato político administrativo, e não normativo.*

*Decide-se que não se pretenderia a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas da destinação de recursos. Em outro julgado, o mes-*

*mo órgão decidiu que a Lei de Diretrizes Orçamentárias, ao vincular percentuais a programas, contém norma meramente administrativa, o que é incompatível com a ação direta, uma vez que ela somente pode ser dirigida contra norma geral e abstrata (ADIn 2.100/RS, Rel. Min. Nelson Jobim). No mesmo sentido acórdão relatado pelo Min. Maurício Correa (ADIn 2.057/AP; DJU 31.03.2000), em ação que objetivava a anulação de emenda parlamentar ao projeto de lei orçamentária. Decidiu-se que ‘constitui ato de natureza concreta a emenda parlamentar que encerra tão somente destinação de percentuais orçamentários, visto que destituída de qualquer carga de abstração e de enunciado normativo’.*

*Vê-se, pois que até 2008 se entendia que não caberia ação direta de inconstitucionalidade a dispositivos da lei orçamentária anual que apenas indicava recursos para atendimento a despesas específicas, uma vez que se cuida de ato concreto. No mesmo sentido a emenda parlamentar que altera destino de recursos.*

*Diversamente, no entanto, já havia jurisprudência de que se ‘a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos’ haveria a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade (ADIn 2.925, Pleno, j. em 19.12.2003, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJ 04.03.2005).*

*Mas a partir de 14.05.2008, com o julgamento do **leading case** MC em ADIn 4.048/DF, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, houve uma revisão do entendimento da Suprema Corte.*

*Consta na ementa do referido julgado: ‘**Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência.** O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade’ (ADIn 4.048-MC/DF; Pleno, j. em 04.05.2008, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22.08.2008).*

*[...]*

*Dessa forma, tem-se que hoje é possível o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias em casos excepcionais, o que transparece uma salutar evolução da jurisprudência da Suprema Corte Brasileira. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 561-563).*

Destarte, nota-se haver um alinhamento entre a posição doutrinária e a jurisprudencial sobre o tema, demonstrando haver pacificidade sobre a questão. O primeiro entendimento que entendia ser incabível o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, já que seriam leis apenas em sentido formal, foi sucedido pela tese de sua possibilidade, independentemente de sua abstração ou generalidade, desde que haja a alegação de violação a dispositivo do texto constitucional. Desse modo, cumpre-se o primeiro



objetivo proposto para o presente artigo, cabendo analisar, consecutivamente, aspectos da prerrogativa de autonomia orçamentária atribuída pela Constituição de 1988 a alguns órgãos públicos. É esse o objeto do próximo tópico.

### **3 A AUTONOMIA ORÇAMENTÁRIA: LIMITES E GARANTIAS DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL**

O procedimento de elaboração e tramitação das leis orçamentárias é definido pelo texto constitucional a partir de seu art. 165. Dispõe-se desde a iniciativa das leis – que no plano federal é atribuída ao Presidente da República, até o seu detalhado trâmite legislativo, incluindo a possibilidade de mensagens aditivas, as várias etapas legislativas, a análise prévia da Comissão Mista de Orçamento, as emendas e seus limites, etc. Deveras, as disposições constitucionais sobre o ponto são vastas.

Dentre essas disposições constitucionais, destacam-se na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal aquelas que atribuem a determinados órgãos públicos a autonomia orçamentária, isto é, a prerrogativa que geralmente se revela na capacidade de determinadas instituições constitucionalmente previstas elaborarem suas próprias propostas orçamentárias, dentro dos limites que aqui serão expostos.

O art. 127 da CRFB/88, por exemplo, define o Ministério Público como uma “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Consecutivamente, para assegurar o adequado cumprimento dessas suas funções, o constituinte assegurou à instituição e a seus membros algumas garantias, tais como a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional, a autonomia financeira, orçamentária, funcional e administrativa, dentre outras, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 127 do texto constitucional.

Com efeito, o § 3º do art. 127 da CRFB/88 atribui ao Ministério Público a prerrogativa de elaborar e apresentar suas propostas orçamentárias, a qual deve ser posteriormente encaminhada ao Poder Executivo, condicionadas à consonância com o que previsto na respectiva Lei de Diretrizes Orçamentária. Essa mesma prerrogativa, aliás, é também atribuída ao Poder Judiciário (art. 99, § 1º, da CRFB/88), ao Poder Legislativo (art. 51, IV, e art. 52, XIII, ambos da CRFB/88), bem como às Defensorias Públicas Estaduais (art. 134, § 2º, da CRFB/88, conforme inclusão da EC nº 45/2004).

Neste segmento, percebe-se que a Constituição da República constituiu todo um arcabouço que garante ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo, ao Ministério Público e às Defensorias Públicas Estaduais autonomia

financeira e orçamentária, inclusive quanto à prerrogativa de formulação de suas próprias propostas de orçamento, as quais devem ser encaminhadas ao Executivo para consolidação, sem que o chefe desse Poder faça qualquer alteração nos valores apresentados.

A controvérsia mais recente sobre o tema se dá em relação às Defensorias Públicas estaduais, já que sua autonomia decorre de alteração constitucional empreendida no art. 134 da CRFB/88 pela Emenda Constitucional 45/04. Quanto ao ponto, por exemplo, entende-se que a autonomia aludida decorre da própria garantia constitucional de acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Com efeito, o fiel atendimento do postulado exige a disponibilidade de instrumentos processuais idôneos à tutela dos bens jurídicos protegidos pelo direito positivo. Para a população brasileira carecedora de recursos, o acesso à Justiça depende fundamentalmente do Estado, sendo certo que a Constituição da República lhe atribui o dever de prestar a assistência jurídica integral aos necessitados (CRFB, art. 5º, LXXIV)<sup>6</sup>. Nas disposições constitucionais sobre o tema, tal nobre atribuição restou conferida à Defensoria Pública, definida como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (CRFB, art. 134), o que, em verdade, representa verdadeira essencialidade do próprio Estado Democrático de Direito<sup>7</sup>.

Destarte – ratificando essa ideia de serem indispensáveis instrumentos de garantia de acesso à Justiça, buscando a máxima efetividade dos direitos fundamentais –, a Emenda Constitucional 45/04 conferiu-lhes autonomia funcional e administrativa, além de iniciativa própria para a elaboração de proposta orçamentária, dentro, por óbvio, dos limites aplicáveis. Tais garantias foram posteriormente estendidas à Defensoria Pública da União, bem como à do Distrito Federal, por meio da recente Emenda Constitucional 74/13. Ainda sobre a instituição, a Emenda Constitucional 80/14 definiu a Defensoria Pública como instituição permanente, assegurando como seus princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, atribuindo-lhe, inclusive, competência para a propositura de leis que tratam da criação e extinção de cargos em seu âmbito, bem como de suas respectivas remunerações.

---

<sup>6</sup> Sob estas premissas, o Supremo Tribunal Federal já pronunciou, por exemplo, a inconstitucionalidade de normas estaduais, ainda que previstas em Constituição Estadual, que vinculem a Defensoria Pública à Secretaria de Estado. Citamos os seguintes precedentes, ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 11.05.2007, ADI 4.056, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 01.08.2012, e ADI 3.965, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 30.03.2012.

<sup>7</sup> Esta importância da Defensoria Pública na ordem constitucional brasileira já foi, também em outras ocasiões, afirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se, a propósito, o acórdão proferido pelo Plenário desta Corte na ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 19.09.2008.

De todo modo, voltando a tratar do cenário mais geral da questão, apesar de a Constituição atribuir ao chefe do Poder Executivo a competência legislativa para deflagrar o processo legislativo das leis orçamentárias (art. 165, I, II e III, da CRFB/88), a algumas instituições se atribui a prerrogativa de elaboração de suas próprias propostas orçamentárias, as quais devem ser encaminhadas ao chefe do Poder Executivo apenas para consolidação da proposta orçamentária anual. Consectariamente, diante de tais prerrogativas constitucionalmente asseguradas, não cabe ao chefe do Poder Executivo, se atendida pela instituição elaboradora da proposta os requisitos constitucionais atinentes, realizar qualquer juízo de valor sobre o montante ou o impacto financeiro da proposta apresentada. Cabe-lhe tão somente consolidar as propostas encaminhadas por essas instituições autônomas e encaminhar a proposta unificada ao órgão legislativo correspondente, sem introduzir nela quaisquer reduções ou modificações.

A alteração unilateral pelo chefe do Poder Executivo nas propostas orçamentárias apresentadas pelas instituições mencionadas em conformidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, bem como com as disposições constitucionais sobre a matéria, significaria não apenas uma violação à autonomia constitucional atribuída aos referidos órgãos, mas também à própria cláusula da separação dos Poderes. Isto porque, superada a fase de iniciativa, atribuída ao chefe do Poder Executivo, a apreciação das leis orçamentárias deve se dar perante o órgão legislativo correspondente, ao qual caberá deliberar sobre a proposta apresentada, fazendo-lhe as modificações que julgar necessárias<sup>8</sup>.

Ao Poder Legislativo, diferentemente da atividade atribuída ao chefe do Executivo (ao qual cabe tão somente consolidar as propostas recebidas), é autorizada a elaboração de emendas à proposta de lei orçamentária, inclusive quanto à alteração de valores, desde que também adimplidos os requisitos constitucionalmente exigidos, consoante as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 166 da CRFB/88. Observe-se que também a doutrina corrobora esse entendimento, conforme os excertos abaixo citados:

*No Brasil, a iniciativa das leis orçamentárias é sempre do Poder Executivo dos entes federativos. Prescreve o **caput** do art. 165 que leis de 'iniciativa' do Poder executivo estabelecerão os orçamentos. Ademais, a Constituição consagra como competência do Presidente da República, no art. 84, XXIII, enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição. E esta competência confirma o sentido do art. 21, § 1º, II, b, quanto à reserva de iniciativa privativa do Presidente da Re-*

<sup>8</sup> Nesse sentido, ressalte-se o que dispõe o art. 166 do texto constitucional, que define as normas gerais sobre o trâmite legislativo das leis orçamentárias da União.

*pública para as leis que disponham sobre **matéria orçamentária**. Por fim, tem-se ainda reserva expressa de iniciativa, ao prescrever que "os projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual serão enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º" (art. 166, §6º, da CF). Portanto, são quatro momentos distintos nos quais a Constituição reafirma o poder de iniciativa do Presidente da República em matéria orçamentária. No que concerne aos Estados e Municípios, as constituições e leis orgânicas devem conservar idênticos poderes para o Governador e o Prefeito, respectivamente.*

[...]

*Para tramitação e aprovação das lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, a competência cabe exclusivamente ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, na forma do art. 84, II, da CF. Do mesmo modo, ao final da execução orçamentária, cumpre ao Presidente da República (art. 84, XXIV) prestar as contas referentes ao exercício anterior, anualmente, ao Congresso Nacional, o que deve ser feito dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa.*

*A apreciação dos projetos de leis relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais é de competência das duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum, e segundo o quanto dispõe a Res. 1/2006-CN, que regulamenta os trabalhos da Comissão Mista Permanente a que se refere o § 1º do art. 166 da CF. (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 364-367).*

*Regularmente elaborados pelo Executivo, os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum (§ 5º, art. 166, CF/1988).*

*A partir desse momento, a competência para dar seguimento à criação das leis orçamentárias passa a ser do Poder Legislativo. É a concretização da participação popular no orçamento, através de seus representantes eleitos.*

[...]

*Durante a análise e apreciação dos projetos, será possível aos congressistas oferecerem emendas aos projetos de leis orçamentárias, que serão apresentadas na Comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e apreciadas, na forma regimental, pelo Plenário das duas Casas do Congresso Nacional. (ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 260-261).*

Importante destacar que essa autonomia assegurada ao Ministério Público, aos Poderes Judiciário e Legislativo e às Defensorias Públicas Estaduais não se restringe ao momento pré-legislativo de elaboração e apresenta-

ção, mas alcança também a fase de execução das respectivas dotações orçamentárias. Destarte, em razão da autonomia assegurada aos mencionados órgãos na execução de recursos financeiros a eles destinados, somente eles próprios é que podem, por exemplo, contingenciar as verbas recebidas, mostrando-se aparentemente inconstitucional a possibilidade de que essas medidas sejam previamente definidas.

Em linhas gerais, são essas as premissas teóricas e suas respectivas consequências práticas que têm sido jurisprudencialmente acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal. Foi a partir desses fundamentos, por exemplo, que o Plenário da Corte suspendeu cautelarmente a eficácia do art. 9º, § 3º, da Lei Complementar 101/00

*Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...] § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias*

por entender se tratar de hipótese de interferência indevida do Poder Executivo nos demais Poderes e no Ministério Público (ADI 2.238-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJe de 12.09.2008).

Nesse mesmo sentido, na ADPF 307-MC-Ref, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27.03.2014, impugnava-se

*ato do Governador do Estado da Paraíba, Ricardo Vieira Coutinho, e do Secretário de Estado do Planejamento e Gestão, Gustavo Maurício Figueiras Nogueira, consistente na ausência de consolidação, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defesa Pública do Estado, tendo em vista que a despesa fixada por esse órgão foi reduzida em mais de dezesseis milhões de reais, além de integrar as dotações do Poder Executivo como uma Secretaria de Estado.*

Na ocasião, o Min. relator deferiu monocraticamente a medida liminar, que posteriormente foi levada a referendo pelo Plenário desta Corte, cujo resultado se expressou em acórdão assim ementado (grifos nossos):

*Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Referendo. Ato do Poder Executivo do Estado da Paraíba. Redução, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do*

***Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defensoria Pública do Estado. Cabimento da ADPF. Mérito. Violação de preceito fundamental contido no art. 134, § 2º, da Constituição Federal. Autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais. Medida cautelar confirmada.***

1. A Associação Nacional dos Defensores Públicos, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não detém legitimidade ativa para mandado de segurança quando a associação e seus substituídos não são os titulares do direito que pretende proteger. Precedente: MS 21.291/DF-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20.10.95. Resta à associação a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único meio capaz de sanar a lesividade alegada.

2. ***A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde. Trata-se de norma estruturante do sistema de direitos e garantias fundamentais, sendo também pertinente à organização do Estado.***

3. A arguição dirige-se contra ato do chefe do Poder Executivo estadual praticado no exercício da atribuição conferida constitucionalmente a esse agente político de reunir as propostas orçamentárias dos órgãos dotados de autonomia para consolidação e de encaminhá-las para a análise do Poder Legislativo. Não se cuida de controle preventivo de constitucionalidade de ato do Poder Legislativo, ma, sim, de controle repressivo de constitucionalidade de ato concreto do chefe do Poder Executivo.

4. ***São inconstitucionais as medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição. Precedentes: ADI 3965/MG, Tribunal Pleno, Relator a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/3/12; ADI 4056/MA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 01.08.2012; ADI 3569/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/5/07. Nos termos do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, não é dado ao chefe do Poder Executivo estadual, de forma unilateral, reduzir a proposta orçamentária da Defensoria Pública quando essa é compatível com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Caberia ao Governador do Estado incorporar ao PLOA a proposta nos exatos termos definidos pela Defensoria, podendo, contudo, pleitear à Assembleia Legislativa a redução pretendida, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para o debate de possíveis alterações no PLOA. A inserção da Defensoria Pública em capítulo destinado à proposta orçamentária do Poder Executivo, juntamente com as Secretarias de Estado, constitui desrespeito à autonomia administrativa da instituição, além de ingerência indevida no estabelecimento de sua programação administrativa e financeira.***

5. Medida cautelar referendada.”

Também em relação ao período de execução orçamentária, há precedentes do Tribunal também já se manifestou sobre o alcance da norma prevista no art. 168 da CRFB<sup>9</sup>, que trata do repasse de duodécimos aos órgãos dotados de autonomia administrativa. São os casos, por exemplo, dos seguintes precedentes: AO 1.935, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 26.09.2014; MS 23.267, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ de 16.05.2003; MS 22.384, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ de 26.09.1997; ADI 732-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 21.08.1992; MS 21.450, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ de 05.06.1992; ADI 37-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 23.06.1989; MS 21.291, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20.10.1995. Deste último, destaco o seguinte excerto do voto do Min. relator, que bem elucida a importância da questão:

*A norma inscrita no artigo 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, o estado de subordinação financeira que compromettesse, pela gestão arbitrária do orçamento, ou até mesmo pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados – a própria independência político-jurídica daquelas instituições. Esta prerrogativa de ordem jurídico-institucional, criada, de modo inovador, pela Constituição de 1988, pertence, exclusivamente aos órgãos estatais para os quais foi deferida.*

Ainda mais recentemente, conforme votos que proferi em Plenário em 08.10.2015, tive oportunidade de relatar três casos de ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 5.286, ADI 5.287 e ADPF 339), nas quais se enfrentava questão que tratava exatamente dessas mesmas controvérsias relativas ao reconhecimento de autonomia financeira, bem como seus desdobramentos e seus limites.

Nota-se, assim, que, quando enfrenta o tema, o Supremo Tribunal Federal tem buscado proferir decisões que afirmem, no exame de constitucionalidade das leis que lhe são submetidas, a autonomia orçamentária dos órgãos aos quais o constituinte, tanto o originário como o derivado, conferiu tal prerrogativa. Trata-se, a rigor, não de uma defesa de interesses meramente institucionais, mas de uma forma de garantir a independência de órgãos cujas atribuições constitucionais são essenciais à concretização da democracia, bem como dos direitos fundamentais, os quais devem ser protegidos pelo poder Judiciário.

---

<sup>9</sup> Com efeito, dispositivo assim prevê: “Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º”.

#### 4 A FORÇA VINCULANTE DAS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS: NOVAS VISÕES SOBRE A TEMÁTICA

Um terceiro ponto relevante também já analisado pelo Supremo Tribunal Federal, diz respeito à força vinculante das normas orçamentárias, ponto sensível do direito financeiro brasileiro. A controvérsia, aliás, foi analisada pela Corte no julgamento da ADI 4.663, que também tramitou sob minha relatoria, controvérsia sobre a qual teço as considerações seguintes.

Como se sabe, o sistema orçamentário constitucional estabelece o convívio harmonioso de três diplomas legislativos da mais alta significação, todos de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 165, *caput* e incs. I a III): (i) o plano plurianual, (ii) a lei de diretrizes orçamentárias e (iii) a lei orçamentária anual. O fio condutor que une teleologicamente tais atos normativos, e que inspirou o constituinte de 1988 notadamente à luz do exemplo alemão<sup>10</sup>, consiste na busca pelo planejamento e pela programação na atividade financeira do Estado, de modo a concretizar os princípios da economicidade e da eficiência na obtenção de receitas e na realização das despesas públicas, indispensáveis à satisfação dos interesses sociais por uma Administração Pública guiada pelo moderno paradigma do resultado<sup>11</sup>.

Assim, previu o constituinte, em primeiro lugar, a necessidade de edição de um plano plurianual, com vigência de quatro anos não coincidente com o mandato presidencial (ADCT, art. 35, § 2º, I), no qual devem ser estabelecidas as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º). A busca pelo planejamento é concretizada, na sequência, pela edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, observando-se o prazo para devolução do respectivo projeto, pelo Legislativo, à sanção, fixado no art. 35, § 2º, II, do ADCT, tem por função precípua – mas não única, ressalte-se – orientar a elaboração da lei orçamentária anual. Deve, para tanto, compreender as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, dispondo sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, art. 165, § 2º).

Paralelamente, também cabe à referida espécie normativa o papel enunciado pelo art. 169, §1º, II, da Constituição, que condiciona a criação de

<sup>10</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, O orçamento na Constituição, p. 78.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 123 et seq.



determinadas despesas da Administração Pública à “autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias”. Foi com base nesse pano de fundo, portanto, que a Suprema Corte assentou, no julgamento da Questão de Ordem na ADI 612/RJ, Rel. Min. Celso de Mello (DJ de 28.02.2002), por exemplo, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias “*constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro*”.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), incrementou-se ainda mais o papel da Lei de Diretrizes Orçamentárias, já que o art. 4º daquela lei complementar nacional definiu caber à LDO, agora integrada também pelo Anexo de Metas Fiscais e pelo Anexo de Riscos Fiscais (§§ 1º a 3º), dispor sobre equilíbrio de receitas e despesas, critérios e formas de limitação de empenho nas hipóteses ali especificadas, normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos, e, por fim, demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas (art. 4º, I, “a”, “b”, “e” e “f”, da LRF).

Por fim, o complexo sistema orçamentário da Constituição Federal de 1988 é encerrado com a lei orçamentária anual, que deve compreender, sempre em estrita consonância com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (CF, art. 165, §7º), as vertentes do orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social (CF, art. 165, §5º, incs. I a III), acompanhados de “*demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia*” (CF, art. 165, §6º).

Com efeito, e na linha do que se afirmou mais acima, ao plano plurianual e à lei de diretrizes orçamentárias compete a fixação de “metas e prioridades da administração pública”, restringindo-se o domínio do primeiro àquelas relacionadas às “*despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada*”<sup>12</sup>, nos termos do art. 165, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, de modo a orientarem a elaboração e a execução da lei orçamentária anual à luz do necessário planejamento.

Neste cenário, imagine-se que tolerar que o Poder Legislativo simplesmente afirme que qualquer decisão casuística que venha a ser por ele tomada, no futuro, ao tempo da deliberação sobre as emendas ao projeto de Lei Orçamentária anual, seja tocada, automaticamente, pelo regime especial das “metas e prioridades da Administração Pública” representaria, em última análise, a frustração do propósito da Constituição, esvaziando as regras dos §§ 1º e 2º do art. 165 do texto constitucional com a chancela de uma espécie

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 386.

de renúncia de planejamento, em prol de regime de preferência absoluta das decisões do Legislativo.

Sabe-se, por certo, que as Leis de Diretrizes Orçamentárias não gozam de força normativa suficiente a ensejar o nascimento de direitos subjetivos a eventuais interessados na concretização das políticas públicas nela enunciadas, de vez que, como já assentado pela jurisprudência desta Corte, “*a previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial*”<sup>13</sup>. A moderna teoria do direito constitucional, porém, tem ressaltado que as virtualidades da Constituição, inspirada na pretensão de disciplinar o fenômeno político, não podem ser reduzidas exclusivamente ao domínio judicial, cabendo falar em interpretação constitucional realizada pelo legislador e pelo administrador, aos quais se deve reconhecer também papel fundamental na concretização do conteúdo das normas constitucionais<sup>14</sup>. Assim, a inexistência de repressão judicial não reduz à insignificância o dever de fidelidade, para a elaboração da lei orçamentária anual, ao planejamento delineado no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias, cujo controle deve permanecer a cargo dos agentes políticos dos Poderes Legislativo e Executivo no exercício de suas funções, em hipótese exemplar de diálogo institucional entre os poderes políticos.

Portanto, ausente a programação e o planejamento inerentes à elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a outorga desse status especial de maneira uniforme e invariável perde a respectiva razão subjacente, sobretudo por não ser possível apontar qualquer distinção de relevo, para esse fim, entre as decisões políticas advindas de emendas parlamentares à Lei Orçamentária Anual e, de outro lado, as decisões políticas similares tomadas pelo Poder Executivo ao encaminhar o respectivo projeto de Lei no exercício da reserva de iniciativa prevista no art. 165, III, da Constituição.

É que, à luz da necessária harmonia entre os poderes políticos (CF, art. 2º), todas as normas previstas na versão promulgada da lei orçamentária anual, sejam elas emanadas da proposta do Poder Executivo ou de emenda apresentada pelo Poder Legislativo, devem ser observadas com o mesmo grau de vinculação pela Administração Pública. Tradicionalmente, sempre reputou a doutrina financista que o orçamento consubstanciava mera norma autorizativa de gastos públicos, sem qualquer pretensão impositiva. Afirma-se, assim, que ainda “*hoje a Administração continua com a palavra final para (...) contingenciar dotações orçamentárias*”, de modo que nada obrigaria o Chefe do Poder Executivo a realizar as despesas previstas no orçamento”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> AR 929, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, Tribunal Pleno, j. em 25.02.1976.

<sup>14</sup> CHEMERINSKY, Erwin. **Constitucional Law: Principles and Policies**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011. p. 26-30.

<sup>15</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5, O orçamento na Constituição, p. 457-458.

Novas vozes, porém, inspiradas nos princípios da Separação de Poderes (CF, art. 2º), da legalidade orçamentária (CF, art. 165, *caput* e incs. I a III) e da democracia (CF, art. 1º, *caput*), têm apontado para a necessidade de se conferir força vinculante ao orçamento público, como forma de reduzir o incontestável arbítrio do Poder Executivo em prol da imposição de um dever relativo – e não verdadeiramente absoluto, saliente-se – de observância das normas do orçamento anual. No limite das possibilidades das práticas constitucionais ainda vigentes no cenário nacional, impõe-se reconhecer ao menos a denominada vinculação mínima das normas orçamentárias, capaz de impor um dever *prima facie* de acatamento, ressalvada a motivação administrativa que justifique o descumprimento com amparo na razoabilidade. É este, portanto, o sentido próprio da vinculação do Poder Executivo ao orçamento anual, e que não permite qualquer distinção, para esse fim, entre as normas oriundas de emendas parlamentares ou aquelas remanescentes do projeto encaminhado pelo Executivo.

## 5 CONCLUSÃO

A existência de definições claras sobre as regras e os procedimentos jurídicos é aspecto fundamental em um estado de Direito, que garante aos indivíduos certos direitos fundamentais e determinadas liberdades mínimas, que limitam a discricionariedade da atuação estatal. É dizer: em um Estado Democrático de Direito, é inexorável que as definições e as limitações do ordenamento jurídico sejam aplicáveis não apenas aos particulares, mas também ao Estado.

No Direito Financeiro não é diferente: é preciso que as definições jurídicas sobre essa temática sejam claras e, ademais, sejam integralmente observadas pelos agentes públicos que nessa área atuam. Nesse sentido, exsurge fundamental a contribuição da atuação judicial, tanto para assegurar os contornos os mandamentos normativos já existentes, quanto para garantir a sua fiel e integral observância.

Imerso nessa perspectiva, o presente artigo buscou abordar duas questões principais relacionadas ao orçamento público, figura de suma importância do Direito Financeiro. Procurou-se, portanto, dispor sobre o tratamento jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal tem dispensado, primeiramente, à possibilidade de controle de constitucionalidade de leis orçamentárias e, em seguida, à questão da prerrogativa da autonomia orçamentária assegurada pelo texto constitucional a determinados órgãos públicos. Intentou-se delinear a evolução de entendimentos adotados pela Corte e explicitar qual o posicionamento atualmente predominante, sempre buscando

exemplificar as afirmações com casos da jurisprudência do Tribunal e escorar as conclusões a que se chegava em estudos doutrinários sobre o tema.

Quanto ao primeiro ponto, mostrou-se a evolução de entendimentos a partir de casos analisados pelo STF. Como demonstrado, inicialmente se adotava uma posição mais restritiva, segundo a qual seria descabido o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, resumidamente porque estas não seriam, em sua essência, atos normativos (exigência prevista no art. 102, I, 'a', da CRFB/88), mas apenas formalmente se exteriorizariam como forma de lei. Essa posição foi sucedida por uma intermediária, segundo a qual se admitia as ações de controle concentrado quando se demonstrasse que a parte impugnada da lei revestia-se de abstração e generalidade, bem como a ofensa direta a dispositivo constitucional. Por fim, passou-se a adotar o entendimento que cada vez mais se fortalece, e é o que hoje prevalece, no sentido da ampla possibilidade de impugnação de leis orçamentárias pela fiscalização abstrata de constitucionalidade, quando houver no ato impugnado violação a dispositivo da CRFB/88.

Na análise do segundo ponto, buscou-se realizar uma análise do tratamento constitucional a respeito da autonomia orçamentária, delineando o alcance dessa prerrogativa e seus limites. Destarte, demonstrou-se que o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Ministério Público e as Defensorias Públicas, pela autonomia atribuída a estes entes pelo texto constitucional, possuem a capacidade de elaborar suas próprias propostas orçamentárias anuais, nos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias e demais requisitos constitucionais, sem que o chefe do Poder Executivo possa alterá-las, cabendo-lhe tão somente a consolidação dos documentos para envio ao Poder Legislativo respectivo, a quem caberá analisar a proposta orçamentária. Agir de modo diverso seria uma violação não apenas aos dispositivos da Constituição que asseguram aos mencionados entes sua autonomia orçamentária, mas também ao próprio princípio da separação dos poderes, como bem argumentado. Ademais, as garantias asseguradas por essa autonomia, conclusão também demonstrada por julgados da Suprema Corte, alcançam não apenas o momento pré-legislativo dos orçamentos públicos, mas também sua fase executiva, como em relação ao repasse de duodécimos, por exemplo (art. 168 da CRFB/88).

Da mesma forma se procedeu quanto ao debate sobre o alcance vinculativo das normas orçamentárias. Mostrou-se a tradicional visão que se tem sobre o tema, bem como as novas vozes que têm surgido sobre o tema.

Deveras, retomando ideia aqui já exposta, afirma-se que também a atuação jurisdicional detém importante papel na definição dos contornos da temática, em especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional ao qual a norma fundamental brasileira atribui o papel de *gar-*

*dião da Constituição*. Por isso a importância de se estudar a jurisprudência da Corte sobre a temática financeira e orçamentária, dentro da qual se destacam os dois pontos aqui analisados.

## 6 REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



# A PROMOÇÃO DA TRANSPARÊNCIA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Luiz Edson Fachin<sup>1</sup>*

---

*Sumário: 1. Introdução; 2. A Transparência como Conceito; 3. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Transparência Fiscal; 4. Considerações Finais; 5. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, torna-se imperativo consignar nossa honra ao receber convite para participar de coletânea de artigos acadêmicos acerca de relevante disciplina jurídica, o Direito Financeiro, sob as lentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente por se tratar de homenagem a um magistrado, jurista e acadêmico de singular originalidade e consistência na história do pensamento jurídico brasileiro, o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

Ressalte-se que a notabilidade de um jubileu de prata no que se refere ao exercício da judicatura na Corte Constitucional do Brasil apresenta duas funções precípuas. A uma, a consagração de uma trajetória profissional de um homem público exemplar que escolheu a toga para servir ao país, desde 1978, no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, com memorável passagem pela mais alta Corte da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, a partir de 1981, e posterior ascensão ao mais alto posto do Poder Judiciário, na qualidade de Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista que o currículo de Sua Excelência fala por si só, dado o brio que lhe é próprio, permito-me tecer breves reflexões sobre a minha experiência pessoal dos últimos meses no que se refere a ter o Minis-

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ministro do Supremo Tribunal Federal.

tro Marco Aurélio ao meu lado, seja na Turma, seja no Tribunal Pleno, como Vice-Decano do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, não há dúvidas de que a história institucional desta Corte restará engrandecida pelas argutas percepções de Sua Excelência sobre o fenômeno jurídico, sempre cioso da organicidade do Direito e da precisão vocabular exigida pelos institutos jurídicos.

Com a prerrogativa de ter se graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e se tornado mestre em Direito Privado, ambos pela Universidade Nacional do Brasil, sob a batuta acadêmica das mais brilhantes mentes jurídicas da década de 1970, diuturnamente nos brinda com reflexões originais acerca dos mais complexos problemas do constitucionalismo brasileiro.

Assim, munido de uma clareza solar, desenvolvida ao longo de quase vinte e cinco anos no exercício do magistério na prestigiada Universidade de Brasília, Sua Excelência consegue lançar bases sólidas para a construção de uma jurisprudência segura sobre os mais diversos temas que exigem decisão por parte da Suprema Corte, mesmo nas hipóteses em que resta vencido, mas não convencido, abrindo, nestes casos, a possibilidade de revisitação, por parte do Tribunal, de variados entendimentos, à luz de um novo contexto fático-normativo e de melhores razões.

Aproveitando-me, portanto, de uma característica pessoal do Ministro Marco Aurélio, em conjunto com a temática da coletânea que ora participo, propõe-se tratar da transparência como norma fundamental da República Federativa do Brasil e de que forma o Supremo Tribunal Federal a tem promovido por meio de sua jurisprudência.

Por conseguinte, esta pesquisa cinge-se em torno do seguinte problema: em que medida a jurisprudência do Supremo Tribunal promove a transparência fiscal como modo de governança do Poder Público? São apenas elementos introdutórios para uma reflexão e debate.

Com o exemplo de excelência cívica, cotidianamente demonstrado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, objetiva-se contribuir para a compreensão teórica do desenvolvimento da cidadania fiscal no Brasil.

Demais disso, lança-se como hipótese a existência de manifestações reiteradas do Supremo Tribunal Federal arrimadas no ideal de promoção da transparência fiscal, nada obstante não seja possível afirmar que o valor da transparência tenha se consolidado na cultura constitucional brasileira, em decorrência de uma série de razões.

## **2 A TRANSPARÊNCIA COMO CONCEITO**

Não há dúvidas de que a transparência como conceito jurídico é uma inovação no pensamento jurídico-político da modernidade, na medida em que



as demandas por publicidade e transparência dos atos do Poder Público vão surgir da tensão produtiva entre constitucionalismo e democracia, por sua vez embasada em outro dilema entre soberania popular e poder constituinte.

Nesses termos, parte-se da premissa inerente a uma democracia deliberativa no sentido de que “*A democracia enquanto conquista e processo de tomada de decisão insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações, ao passo que o constitucionalismo regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações*”<sup>2</sup>, como bem exposto no pensamento de Vera Karam de Chueiri e Miguel Gualano Godoy.

Da mesma forma, é inequívoco de que não foi sempre assim, tratando-se de um processo paulatino de amadurecimento cívico do corpo popular. Durante séculos, a arte de governar era inconcebível sem o uso do segredo. Esse período marcou o ideário da filosofia política, desde Tácito com sua noção de “*arcana imperii*” às razões de Estado, estas traduzíveis nos modos, formas, circunstâncias e razões do sigilo.

Com esteira na soberania, as principais razões do sigilo se referiam às dimensões interna e externa do poder soberano. No plano externo, a fundamentação se pauta na “*convicção de que qualquer movimento é tanto mais eficaz quanto mais constitui para o adversário uma supresa*”<sup>3</sup>, conquanto internamente o segredo se baseia na desconfiança do governante na capacidade do povo de entender qual é o interesse coletivo, a “razão do Estado”. Nesse escopo, Norberto Bobbio percebe que a necessidade do sigilo se move em direções opostas em relação ao Outro, uma vez que no primeiro plano exige-se o segredo na presunção de que o *alter* sabe demais, ao passo que no segundo plano o sigilo se impõe em razão da pouca compreensão do governado.

Nesse contexto, torna-se digno de nota que em um curto espaço de tempo, sobretudo em razão de reivindicações populares, o segredo no Estado-nação tenha saído do núcleo mais interno do poder para passar a ser excepcional nas práticas estatais, passível de uma sindicabilidade constante, à luz de conceitos, como “controle” e “*accountability*”, até pouco tempo inconcebíveis.

Essa alteração pode ser explicada no embate civilizatório da humanidade contra o autoritarismo como forma de governança, em que a ação política era imaginada como espetáculo. Ainda de acordo com o jurista italiano Bobbio, a técnica do poder secreto na ambiência ditatorial pode ser

<sup>2</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010, p. 159-174, p. 171.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 401.

compreendida pela cooriginariedade entre as ações do poder dominante e do contrapoder, as quais se completam mutuamente nos seguintes termos: “*subtrair-se à vista do público no momento em que se tomam as deliberações de interesse público; e vestir a máscara quando se é obrigado a apresentar-se em público*”<sup>4</sup>.

Em uma democracia constitucional de índole deliberativa, o Povo como titular da soberania deve ser capaz de influir diretamente na formação da vontade política do Estado. Ademais, turva-se a estanque separação de matriz hegeliana entre Estado e sociedade civil em prol de uma esfera pública com aptidão para abarcar uma sociedade hipercomplexa, aberta e plural.

A partir da chave analítica haurida do ideal de cidadania participativa, que se traduz na participação efetiva do cidadão na vida social e política na sociedade em que está inserido, pode-se pensar na centralidade da atividade financeira do Estado como um dos pontos fulcrais para a formação de um destino comum, livremente pactuado, pela comunidade política que se constitui pela Constituição, fechando o paradoxo da soberania.

Em matéria de finanças públicas, precisa é a definição de Marcus Abraham acerca da cidadania fiscal: “*expressa-se por meio das previsões legais que permitem o conhecimento e envolvimento do cidadão nas deliberações orçamentárias e no acompanhamento da sua execução*”<sup>5</sup>.

Segundo Heleno Taveira Torres, no Estado Constitucional de Direito, a prevalência da democracia condiciona a atividade financeira do Estado, porquanto o respeito pelas “regras do jogo” se revela fonte de legitimidade permanente. Assim, há uma complementaridade entre o Estado fiscal e a espacialidade participativa da esfera pública, “*ao facilitar e compor interesses, no todo ou parte conflituantes quanto à forma de aplicação dos recursos, escolhas dos gastos públicos ou controle da atividade financeira*”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 403.

<sup>5</sup> ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 56. Nesses termos, “*A promoção do acesso e da participação da sociedade em todos os fatores relacionados com a arrecadação financeira e a realização das despesas públicas se identifica nas seguintes propostas: a) programas de educação fiscal para a população; b) incentivo à participação popular na discussão e na elaboração das peças orçamentárias, inclusive com a realização de audiências públicas; c) ampla divulgação por diversos mecanismos, até por meios eletrônicos, dos relatórios, pareceres e demais documentos da gestão fiscal; d) disponibilização e publicidade das contas dos administradores durante todo o exercício financeiro; e) emissão de relatórios periódicos de gestão fiscal e de execução orçamentária; e f) legitimação para o cidadão para denunciar aos órgãos competentes irregularidades nas contas públicas*”. (*Idem, loc. cit.*)

<sup>6</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: Teoria da Constituição financeira. São Paulo: RT, 2014. p. 138.

Nessa narrativa, a deliberação democrática mostra-se imprescindível, como ideal regulatório voltado para a discussão coletiva como processo igualitário, à luz de nossas premissas metodológicas. Isso porque há nesse conceito uma potencialidade crítica de grande utilidade na avaliação dos arranjos institucionais do Poder Público.

Nas lições de Roberto Gargarella, os elementos do ideal de democracia deliberativa são a inclusão, a deliberação e a igualdade. O primeiro se expressa na presença discursiva de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e na tomada de decisão. O elemento deliberativo se entende como a expressão argumentativa do que servirá como fundamento da decisão e teste de correção material do ajustado. Por fim, a dimensão igualitária se dá na situação de igualdade deliberativa de todos os partícipes e co-autores da decisão<sup>7</sup>.

Veja-se, então, que a transparência dos atos do Poder Público emerge como condição de possibilidade para a ocorrência de deliberações democráticas, pois as razões do sigilo não se prestam a esse ideal regulatório.

No plano externo, o sigilo perde importância em face da globalização, dos ideais cooperativos e da transnacionalização das questões constitucionais, embora ainda permaneça necessário em razão da competitividade comercial, da incapacidade humana em alcançar a paz em escala mundial, entre outros fatores. No plano interno, o que é interesse público é justamente definido pelos destinatários dos direitos fundamentais, o Povo, em um processo discursivo de construção coletiva da vontade política do Estado, por sua vez formado pelos agentes políticos representantes dos cidadãos.

Na atual quadra histórica, a recebimento de informações públicas é concebido como direito individual e de incidência coletiva, correlacionado a um dever do Estado de produzir certas informações e transparecê-las em suas decisões políticas. Nas palavras de Ezequiel Nino, o direito ao acesso à informação transcende a individualidade de sua exigibilidade judicial para espalhar-se por toda a esfera jurídico-social, notadamente nos seguintes pontos: a disponibilidade de informação passa a ter um valor econômico nas demandas por abertura e transparência em nível global; a informação é, *per se*, uma ferramenta de participação dos atos públicos, tendo em conta sua essencialidade para controlar os atos administrativos e a corrupção; e a informação pública mostra-se elemento fundamental para o respeito aos direitos humanos<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 167. t. I.

<sup>8</sup> Cf. NINO, Ezequiel. El Derecho a Recibir Información Pública – y su Creciente Transcendencia – como Derecho Individual e de Incidência Coletiva. *In*: GARGARELLA, Ro-

Enfim, torna-se cabível realizar clarificações conceituais acerca da transparência. Nos termos de Frederick Schauer, transparência é uma metáfora que se refere à capacidade de ser visto sem distorção, logo um processo, fato ou informação para ser transparente deve ser aberto e disponível para exame e escrutínio. De fato, a transparência é um atributo com dimensões positiva e negativa. Em perspectiva negativa, a transparência requer que o governo torne disponíveis registros e documentos para eventual requisição do público, conquanto, em nível positivo, a informação deve ser ativamente tornada facilmente usada do modo mais amplo possível. A distinção pode ser sumarizada nos vocábulos disponibilidade e usabilidade, respectivamente<sup>9</sup>. Por certo, como atributo, a transparência apresenta diferentes graus, de modo fugidio a rótulos binários.

Na linha do que já foi dito, da premissa de que a transparência fiscal é condição de possibilidade para o exercício da cidadania, pode-se conceber aquela como um valor instrumental. Nessa seara, Anoeska Buijze atribui os seguintes efeitos positivos promovidos pelo valor transparência: a democracia; o aumento da confiança e da legitimidade; a qualidade da governança, a performance econômica e a eficiência mercadológica; e a realização de direitos individuais<sup>10</sup>.

Além disso, Buijze reputa como as duas principais funções da transparência. Em primeiro lugar, na ambiência qualitativamente marcada pela transparência, os agentes tomam melhores decisões, pois aumentam sua habilidade em prever as consequências de suas próprias ações. Em segundo lugar, o valor instrumental da transparência permite funcionalmente que observadores externos possam avaliar e escrutinar o que as organizações realizam<sup>11</sup>.

Nesse sentido, a relevância da clarificação conceitual em detrimento de prescrições normativas fornece melhores ferramentas de análise para compreender os impactos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à cidadania fiscal brasileira. Isso importa na medida em que há uma hiperinflação do conceito de transparência pelas práticas políticas de atores institucionais para abarcar suas próprias operações, assim como se auto-atribuir o adjetivo da transparência.

---

berto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. t. II.

<sup>9</sup> SHAUER, Frederick. Transparency in Three Dimensions. **University of Illinois Law Review**, Illinois-EUA, n. 4, 2011, pp. 1339-1358, pp.1343-1344, p. 5-8.

<sup>10</sup> BUIJZE, Anoeska. The Six Faces of Transparency. **Utrecht Law Review**, Utrecht-HOL, v. 9, n. 3, jul. 2013, p. 3-24.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 9.

### 3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A TRANSPARÊNCIA FISCAL

Nesta seção do artigo, não se pretende elaborar um inventário de jurisprudência do STF sobre a matéria, tendo em vista que o relacionamento entre Tribunal e Academia deve se pautar no debate de ideias de forma crítica, justamente para o aprimoramento e aprendizado recíprocos de ambas as instituições. Objetiva-se, portanto, à descrição do Estado da Arte no que se refere às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de transparência fiscal.

Em termos metodológicos, realizou-se pesquisa no banco de dados eletrônico do sítio do Supremo Tribunal Federal, a partir da expressão “transparência”. De plano, convém explicitar que esta pesquisa se limitou ao universo de decisões colegiadas e que há filtro de relevância na disponibilização e indexação dos julgamentos desta Corte, de maneira que não se garante que todos os julgados colegiados do STF nos quais constam a expressão “transparência” em sua ementa ou indexação estejam aqui contemplados, uma vez que para isso seria necessário percorrer todos os Diários de Justiça publicados.

Depois disso, optou-se por excluir os acórdãos não relacionados à temática financeira e agrupar aqueles reputados relevantes em grupos temáticos, para fins de análise de discurso. Assim, chegou-se à seguinte divisão: garantias dos contribuintes; ausência de sigilo relativamente a recursos públicos; e emprego de receitas públicas.

Em relação às garantias dos contribuintes, muito nos honra em nossa primeira sessão plenária ter participado de importante julgamento, em sede de repercussão geral, o RE-RG 673.707, de relatoria do Ministro Luiz Fux<sup>12</sup>, acerca do cabimento de *habeas data* para fins de acesso a informações incluídas em banco de dados denominado Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica da Secretaria da Receita Federal.

Ficou assentado que o *habeas data* é via idônea para o acesso às informações tributárias, em poder da Administração Pública, que digam respeito ao próprio Peticionante. Noutras palavras, a tese fixada foi “*O Habeas Data é garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais*”.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com repercussão geral 673.707, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 17.06.2015, DJe 30.09.2015.

Ainda sobre as garantias do contribuinte, a Segunda Turma explicitamente fundamentou julgado com base no direito de acesso às informações de interesse coletivo e no dever de transparência dos atos do Poder Público no RE-ED 586.424, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes<sup>13</sup>. Nessa assentada, decidiu-se pela impossibilidade de limitar o acesso a dados públicos com base em apreciação discricionária da Administração Pública acerca da fundamentação do pedido do cidadão.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal tem reforçado o sentido negativo do atributo da transparência ao tutelar disponibilidade de registros e documentos públicos para eventual requisição popular.

No que se refere à temática da não oponibilidade de sigilo bancário e empresarial, quando se trata de recurso público, o STF tem entendido que o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado em face do interesse social movido pela cidadania fiscal.

No MS 33.340, de relatoria do Ministro Fux<sup>14</sup>, a Primeira Turma do STF asseverou que operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário, pois tais atividades estão vinculadas aos princípios da Administração Pública encartados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Nesse ponto, bem consignou o Ministro Relator que a máxima do segredo como “alma do negócio” é inaplicável a esses casos, porquanto quem contrata com o Poder Público não pode ter segredos que envolvam o emprego de recursos públicos.

Nesse mesmo sentido, o preclaro Ministro Marco Aurélio definiu a transparência como corolário do princípio da publicidade no bojo da ADI 2.361<sup>15</sup>, em que se afirmou não ser cabível negar acesso ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública.

Ademais, no RMS 25.943, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>16</sup>, Tribunal Pleno, o STF consignou que é competência da Controladoria-Geral da União fiscalizar a aplicação de verbas federais, mesmo que essas estejam sendo aplicados em outro ente federado. Logo, o critério para fiscalização do controle interno é a origem da verba.

Nesse escopo, infere-se que a Suprema Corte tem auxiliado no aumento da qualidade da governança, por intermédio da transparência, assim

---

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_. Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário 586.424, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. em 24.02.2015, DJe 12.03.2015.

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 33.340, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. em 26.05.2015, DJe 03.08.2015.

<sup>15</sup> \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 24.09.2014, DJe 23.10.2014.

<sup>16</sup> \_\_\_\_\_. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25.943, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24.11.2010, DJe 02.03.2011.

como este atributo tem realizado sua função ao permitir que os órgãos governamentais se observem e se controlem permanentemente. Trata-se de importante passo rumo ao ideal regulatório do controle democrático.

Por fim, cabe tratar da transparência no emprego de receitas públicas, de modo que o cidadão tenha capacidade de fiscalizar a atividade financeira do Estado. Nessa seara, fonte de intensa controvérsia se deu com discussão sobre divulgação na internet dos salários dos servidores públicos.

Nesse aspecto, a jurisprudência do STF é firme no sentido de afirmar que o “como” se administra a coisa pública deve preponderar sobre o “quem” a administra, nas felizes palavras do Ministro Ayres Britto.

O primeiro passo se deu com o SS-AgR-segundo 3.902, de relatoria do Ministro Ayres Britto<sup>17</sup>, em que o Tribunal Pleno suspendeu todos os acórdãos que impediam a divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações funcionais de servidores públicos, inclusive a respectiva remuneração. Na hipótese, reconheceu-se que se tratava, na verdade, de um conflito aparente de normas, uma vez que não ocorria violação à privacidade, intimidade ou segurança dos agentes públicos. Por outro lado, havia claro direito ao recebimento de informações sobre os atos estatais, o que inclui a folha de pagamento de órgãos e entidades públicas.

O entendimento firmado na referida suspensão de segurança foi reafirmado iterativamente pelo STF. No RE-AgR 766.390, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>18</sup>, a Segunda Turma realizou importante distinção entre a divulgação de dados referentes a cargos públicos e informações de natureza pessoal, para fins de afirmar que não extrapola o poder regulamentar da Administração a edição de portaria ou resolução que apenas discipline a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade.

Em outra oportunidade, no âmbito do MS 28.178, de relatoria do Ministro Roberto Barroso<sup>19</sup>, entendeu-se que a regra num Estado Republicano é a total transparência no acesso a documentos públicos, de modo que o sigilo representa absoluta exceção. Com base nessa premissa, assentou-se que as verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar possuem natureza pública, de modo que o direito à intimidade não justifica, em termos genéricos, o caráter sigiloso do dispêndio desses recursos.

Os contratos administrativos também foram objeto de preocupação e julgamentos desta Corte, sempre no sentido de permitir que todo e qual-

---

<sup>17</sup> \_\_\_\_\_. Segundo Agravo Regimental em Suspensão de Segurança 3.902, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 09.06.2011, DJe 03.10.2011.

<sup>18</sup> \_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 766.390, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. em 24.06.2014, DJe 15.08.2014.

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 28.178, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 04.03.2015, DJe 08.05.2015.

quer cidadão possua meios para fiscalizar o emprego de recursos públicos, quando a Administração contrata com particular.

Na ADI 2.444, de relatoria do Ministro Dias Toffoli<sup>20</sup>, o Tribunal Pleno entendeu ser constitucional lei do Estado do Rio Grande do Sul que estabelecia a obrigação do governo de divulgar na imprensa oficial e na internet dados relativos a contratos de obras públicas. Mais uma vez, entendeu-se ser a transparência corolário do princípio da publicidade, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Também de relatoria do Ministro Toffoli, no RE-AgR 613.481<sup>21</sup>, a Primeira Turma assentou a correção do julgamento, por parte de Tribunal local, de representação por inconstitucionalidade que impugnou lei que criou um cadastro municipal de parceiros do terceiro setor. Ali, entendeu-se que a iniciativa de diploma legislativo que trate do aprimoramento da transparência das atividades administrativas não era exclusiva do Chefe do Poder Executivo de ente federativo.

Por fim, ainda o Ministro Toffoli relatou a ADI 2.198<sup>22</sup>, em que se asseverou constitucional a criação do sítio eletrônico “Contas Públicas” para a divulgação de dados tributários e financeiros dos entes federados. Na hipótese, assentou-se não haver ofensa ao princípio federativo, porquanto prevaleceria o princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Pública, vinculando a toda a Administração Pública em todos os níveis da Federação.

Conclui-se, então, que o STF também tem promovido a transparência em seu sentido positivo, na medida em que chancela a constitucionalidade de mecanismos que para além de disponibilizarem a informação, facilitem também a usabilidade dessa no contexto de defesa do patrimônio público por parte do cidadão.

Igualmente, percebe-se uma defesa intransigente da transparência como valor fundante do Estado republicano, na medida em que não se abriu concessão ao sigilo de dados, excluídas as hipóteses constitucionalmente previstas pelo Poder Constituinte originário.

No particular, a Corte Constitucional exerce seu papel de garante das condições procedimentais da democracia. Além disso, fornece amplo repertório jurisprudencial para impulsionar transformações sociais em prol

---

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.444, de relatoria do Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 02.02.2015.

<sup>21</sup> \_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 613.481, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. em 04.02.2014, DJe 09.04.2014.

<sup>22</sup> \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.198, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 11.04.2013, DJe 19.08.2013.



de um Estado cada vez mais transparente e aberto ao controle social na esfera financeira.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim, a hipótese lançada em introito foi positivamente verificada, isto é, o Supremo Tribunal Federal, especialmente à luz de julgados recentes, tem promovido a transparência como modo de governança do Poder Público. As limitações a esse empreendimento também são claras, a saber, o princípio da inércia judicial; a morosidade no deslinde dos litígios, ainda que em processos de índole objetiva, por uma série de razões conjunturais; e a ausência de diálogos institucionais em busca de soluções e experimentações possíveis ao problema da falta de transparência.

Para além de uma boa legislação voltada para promover o acesso à informação e reiterados entendimentos dos Tribunais do país, deve-se atentar para a consolidação do valor instrumental da transparência na cultura constitucional brasileira, de modo a promover verdadeira transformação na organização administrativa do Estado, ainda marcado pelos reflexos do sempre presente patrimonialismo na história do Brasil.

Nesse sentido, destaca-se a função pedagógica da jurisprudência invariante do Supremo Tribunal Federal, além disso, torna-se igualmente possível a promoção da educação fiscal do corpo cívico, por meios externos à função jurisdicional. A consensualidade administrativa também nos parece ser uma via possível para o problema da falta de transparência governamental, de forma que o Poder Público torne-se progressivamente mais cioso de suas obrigações de informar à população acerca da arrecadação e do dispêndio de verbas públicas.

Afinal, a fruição empírica dos direitos fundamentais, notadamente por parte dos excluídos, depende de escolhas jurídico-políticas de como empregar os escassos recursos públicos. Assim, governantes e governados devem permanecer civicamente engajados na produção de leis orçamentárias capazes de refletir com transparência os planos de governo construídos em deliberações democráticas.

Por certo, os desafios que se apresentam para a cidadania brasileira não são poucos, porém se deve ter convicção do bom funcionamento das instituições e na verticalização da democracia. Enfim, o maior exemplo que o homenageado, Ministro Marco Aurélio, pode nos dar para a presente situação é a persistência serena no convencimento pela argumentação, único caminho democrático para o aperfeiçoamento da vivência compartilhada em sociedade.

## 5 REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 56.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com repercussão geral 673.707, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 17.06.2015, DJe 30.09.2015.
- \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.198, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 11.04.2013, DJe 19.08.2013.
- \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 24.09.2014, DJe 23.10.2014.
- \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.444, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 02.02.2015.
- \_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 613.481, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. em 04.02.2014, DJe 09.04.2014.
- \_\_\_\_\_. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 766.390, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. em 24.06.2014, DJe 15.08.2014.
- \_\_\_\_\_. Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário 586.424, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. em 24.02.2015, DJe 12.03.2015.
- \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 28.178, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 04.03.2015, DJe 08.05.2015.
- \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 33.340, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª. T., j. em 26.05.2015, DJe 03.08.2015.
- \_\_\_\_\_. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25.943, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24.11.2010, DJe 02.03.2011.
- \_\_\_\_\_. Segundo Agravo Regimental em Suspensão de Segurança 3.902, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 09.06.2011, DJe 03.10.2011.
- BUIJZE, Anoeska. The Six Faces of Transparency. **Utrecht Law Review**, Utrecht-HOL, v. 9, n. 3, jul. 2013, p. 3-24.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, jan./jun. 2010, p. 159-174, p. 171.
- GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 167. t. I.
- NINO, Exequiel. El Derecho a Recibir Información Pública – y su Creciente Transcendencia – como Derecho Individual e de Incidência Coletiva. *In*: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008. t. II.
- SHAUER, Frederick. Transparency in Three Dimensions. **University of Illinois Law Review**, Illinois-EUA, n. 4, 2011, pp. 1339-1358, pp.1343-1344, p. 5-8.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição financeira**. São Paulo: RT, 2014. p. 138.

# REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS E AUTONOMIA FEDERATIVA

*André Mendes Moreira<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** *1. Introdução; 2. Definição de Estado Federal; 2.1. Origens etimológicas; 2.2. Distinção entre Federação e Confederação; 2.2.1. A União como representante única dos Estados-membros no plano internacional; 2.2.2. A indissolubilidade do vínculo entre os Estados-membros; 2.2.3. Ordenamento jurídico vinculativo da União e dos Estados-membros e o postulado da simetria; 2.3. Distinção entre Federação e Estado Unitário; 2.3.1. Lei da Participação; 2.3.2. Lei da Autonomia; 2.3.2.1. Origem etimológica; 2.3.2.2. As faces da autonomia no Estado Federal: administrativa, judiciária, legislativa e política; 2.3.2.3. Autonomia financeira: independência, suficiência e eficiência na obtenção de recursos; 3. A repartição do produto da arrecadação; 3.1. A necessidade de repartição das receitas auferidas para preservação da autonomia financeira dos entes federados; 3.2. As formas de repartição vertical de receitas: obrigatórias e voluntárias; vinculadas e não-vinculadas; diretas e indiretas; 3.3. O sistema de participação direta; 3.3.1. Participação dos Estados no produto da arrecadação de impostos federais; 3.3.2. Participação dos Municípios no produto da arrecadação de impostos federais e estaduais; 3.3.3. Conceito de Valor Adicionado Fiscal: critérios para a partilha entre os Municípios do ICMS e do IPI repassados pelos Estados; 3.3.4. A repartição das receitas do IPI: o limitador de 20% por Estado; 3.3.5. A partilha da CIDE-combustíveis: participação dos Estados e dos Municípios; 3.4. O sistema de participação indireta; 3.4.1. Características dos fundos; 3.4.2. Fundos não vinculados a despesas específicas; 3.4.2.1. Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal; 3.4.2.2. Fundo de Participação dos Municípios; 3.4.3. Fundos vinculados a despesas específicas; 3.4.3.1. Fundos constitucionais de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; 3.4.3.2. Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB; 3.4.3.3. Fundo da Saúde; 3.5. Previsões constitucionais de retenção de recursos; 4. Conclusões; 5 Referências.*

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito Tributário da UFMG. Doutor (USP) e Mestre (UFMG) em Direito Tributário. Diretor da ABRADT. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

O Federalismo, como atualmente conhecido, é usualmente creditado à experiência norte-americana do final do século XVIII.

Alexis de Tocqueville<sup>2</sup> argumentou, com propriedade, que a Constituição Americana se assentou em uma teoria inteiramente nova, que deve ser aclamada como uma das maiores descobertas da ciência política de nossos tempos. Afinal, ligas e confederações já existiam antes dos EUA – contudo, a administração central não governava os cidadãos diretamente. A inovação americana residiu exatamente na possibilidade de se desenvolver duas ordens de governo que exercessem soberania sobre o mesmo território e os mesmos cidadãos, ao mesmo tempo.

Não obstante sua originalidade, podemos encontrar nas ideias de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay<sup>3</sup>, semelhanças com o pensamento de John Locke e Montesquieu.

A proximidade com Locke<sup>4</sup>, considerado o pai do Estado liberal, decorre da orientação individualista que pautou os ensaios pró-Constituição americana, que assentaria as bases para o modo capitalista de produção. A seu turno, a influência de Montesquieu<sup>5</sup> é clara, porquanto este propunha a república confederativa como a forma de governo que possui todas as vanta-

---

<sup>2</sup> O autor assim justifica o seu ponto de vista:

*“Em todas as confederações que precederam a confederação americana de 1789, os povos, que se aliavam com um objetivo comum, consentiam em obedecer às injunções de um governo federal, mas preservavam o direito de ordenar e fiscalizar em seu território a execução das leis da União.*

*Os Estados americanos que se uniram em 1789 não apenas consentiram em que o governo federal lhes ditasse leis, mas também em que ele próprio zelasse pelo cumprimento das suas.*

*Nos dois casos, o direito é o mesmo, só é diferente o seu exercício. Mas essa simples diferença produz imensos resultados”.* (DE TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América – leis e costumes. De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175).

<sup>3</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist.** Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

Os artigos foram publicados inicialmente em jornais do Estado de Nova Iorque para convencer a população e os delegados daquela ex-colônia britânica a ratificar a Constituição, aprovada em 1787. Alexander Hamilton redigiu 51 artigos, James Madison 29 e John Jay 5, sendo outros 3 em coautoria entre Hamilton e Madison.

<sup>4</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Baron de. **The Spirit of the Laws.** Encyclopaedia Britannica: Chicago, 1952. p. 58-9.

gens internas de uma república aliada às vantagens externas de uma monarquia. Sem mencionar, obviamente, a teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida por Montesquieu a partir dos ensaios de Locke e defendida expressamente por James Madison ao asseverar que a concentração do poder de legislar, executar e julgar nas mesmas mãos equivale à tirania. Nesse particular, lembre-se aqui a lição de Flávio Bernardes<sup>6</sup>, para quem o controle do Executivo sobre os seus próprios atos, do Legislativo sobre os atos do Executivo e do Judiciário sobre ambos é essencial ao Estado de Direito.

Outrossim, George Mace<sup>7</sup> sustenta que a inspiração dos federalistas se assenta também no pensamento de Hobbes<sup>8</sup>, haja vista a importância que se conferiu à necessidade de existência de um poder soberano central forte, que seria imprescindível para a paz interna e a defesa externa.

O federalismo apregoado por Hamilton, Madison e Jay era do tipo dualista, em que a independência plena entre união e estados é preservada. Há uma repartição horizontal do poder, separando radicalmente a competência dos entes políticos, que atuarão de forma independente um do outro. A União americana possuía poderes expressos e enumerados na Constituição, reservando-se aos Estados todos os demais poderes não enunciados na Lei Maior, o que restou posteriormente denominado pela doutrina de *técnica dos poderes reservados*.

Esse modelo pautou a definição clássica de federalismo trazida por Sir Kenneth Wheare<sup>9</sup>. Segundo o Professor de Oxford, “*o princípio federativo significa o método de divisão de poderes pelo qual os governos central e regional são, cada um dentro de sua esfera, independentes*”, definição que foi adotada pela doutrina como sinônimo de federalismo dualista.

Com o tempo e especialmente a partir da segunda metade do século XX, o modelo de federalismo dualista foi bastante modificado, havendo atualmente uma aproximação muito forte entre as distintas ordens jurídicas parciais, o que levou à cunhagem do termo federalismo de cooperação ou de integração, cujo pressuposto é a atribuição a todas as ordens jurídicas de

---

<sup>6</sup> BERNARDES, Flávio Couto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e o Controle da Atividade Financeira do Estado: a efetividade do princípio constitucional do equilíbrio econômico e financeiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, a. 1, n. 2. Belo Horizonte: Fórum, jul./dez. 2008. p. 119.

<sup>7</sup> MACE, George. **Locke, Hobbes and the Federalist Papers – an essay on the genesis of the American Political Heritage**. Carbondale: South Illinois University, 1979.

<sup>8</sup> DE MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

<sup>9</sup> WHEARE, Kenneth, *Apud* TELFORD, Hamish. Liberalism versus Communitarianism and Canada's Constitutional Conundrum. **Journal of Canadian Studies**, v. 33, 1998.

competência para tratamento da mesma matéria (competência comum ou concorrente), gerando uma necessária interação e cooperação entre os entes da federação, inclusive com a repartição vertical das receitas tributárias dos entes maiores para os menores.

Sob essa perspectiva, Wallace Oates<sup>10</sup> chega a recomendar expressamente a redivisão intergovernamental do produto da arrecadação tributária como forma de se mitigar as externalidades e realizar a necessária redistribuição de renda no âmbito de um Estado federado.

De fato, é impossível falar-se em autonomia política, legislativa, administrativa ou judiciária – que, juntas, asseguram a existência autônoma dos entes federados – sem recursos financeiros para tanto, o que levou os teóricos (tanto do direito como da economia) ao estudo do intitulado “Federalismo Fiscal”, cujo objeto são as relações financeiras entre os entes de uma federação.

No bojo do federalismo fiscal, o estudo da repartição tanto de competências como de receitas tributárias é essencial para a compreensão do grau de autonomia das entidades federadas respectivas.

Dessarte, a presente análise se estrutura em três partes, a saber:

- a) a primeira, em que se buscará definir as principais nuances do Estado Federal, diferenciando-o das Confederações e dos Estados Unitários;
- b) a segunda, na qual, em vista do federalismo fiscal, analisa-se o conceito de competência tributária e sua repartição no Brasil, inclusive sob a ótica dos tratados internacionais firmados pelo País em matéria tributária; e
- c) a terceira e última, em que a repartição das receitas tributárias, tanto por via direta (participação no produto da arrecadação) como indireta (pela via dos intitulados fundos de participação) é analisada.

Honrados com o convite dos mestres Heleno Torres, Marcus Abraham e Marcus Lívio Gomes para integrar este liber amicorum em louvor ao jubileu de prata do Ministro Marco Aurélio Mello, registramos nossa satisfação em integrar esta justa homenagem ao Ministro. Uma das vozes mais marcantes do STF nas últimas décadas, Marco Aurélio tem sempre propiciado o aprofundamento das discussões na Suprema Corte, demonstrando preocupação com os detalhes e suscitando pontos de vista que, acom-

---

<sup>10</sup> OATES, Wallace E. **Federalismo fiscal**. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977. p. 101.

panhados ou não pela maioria, trazem reflexão e debate, colaborando para o exercício ótimo da jurisdição. Parabéns ao Ministro pelos vinte e cinco anos de STF – e parabéns ao Supremo Tribunal Federal por ter, entre seus ilustres membros, um Ministro como Marco Aurélio Mello.

## 2 DEFINIÇÃO DE ESTADO FEDERAL.

### 2.1 Origens Etimológicas

Etimologicamente, o termo federação deriva do latim *foederatus*, que designava inicialmente uma tribo ligada a Roma por um *foedus*, que significa pacto, aliança, liga. O Império Romano se valeu de diversos *foederati* para sua defesa, tendo financiado várias tribos bárbaras para garantir sua segurança.

Todavia, a única identidade entre os *foederati* romanos e as federações hodiernas é etimológica, pois, como bem aponta Bonavides<sup>11</sup>, o federalismo é um fenômeno moderno, “*debalde buscamos, nas épocas clássicas ou nos séculos de transição medieval, o federalismo como técnica, arte de governo, ou instrumento de organização política*”.

### 2.2 Distinção entre Federação e Confederação

A proposta, neste momento, é obter o conceito de federação por exclusão, antes de detalharmos suas notas características.

Assim, impende diferenciá-la da confederação, instituto de longa tradição que, no final século XIII, foi implementado por alguns cantões da atual Suíça.

Confira-se.

#### 2.2.1 A união como representante única dos estados-membros no plano internacional

Um primeiro dado distintivo entre federação e confederação reside na ausência, nesta última, de um poder central único, ao contrário do que se dá na primeira, em que a União é a única detentora do poder soberano.

Isso ocorre porque o Estado Federal não surge por tratado internacional, pelo qual os países reconhecem entre si uma União de Estados, mas

---

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 182.

sim com base em uma voluntária cessão de soberania de um ente a outro, em prol do todo, formando uma união indissolúvel, que deterá o monopólio da representação dos Estados no plano internacional.

### **2.2.2 A indissolubilidade do vínculo entre os estados-membros**

Um segundo elemento diferenciador apontado é a indissolubilidade do pacto federativo, porquanto a possibilidade de secessão, enquanto presente nas confederações, é vedada no Estado Federal.

Com vistas a assegurar essa indissolubilidade, as federações são dotadas de Cortes Constitucionais e do direito, conferido à União, de intervir nos Estados para assegurar a manutenção do pacto.

Para o que nos interessa, que são as relações financeiras entre os membros da Federação, vale mencionar que a falta de repasse de receitas tributárias pelos Estados<sup>12</sup> aos Municípios autoriza a União a intervir nos primeiros. Outrossim, a não aplicação do mínimo exigido da receita obtida com os impostos nos serviços públicos de saúde<sup>13</sup> também autoriza a União a intervir nos Estados e estes a intervir nos Municípios.

### **2.2.3 Ordenamento jurídico vinculativo da união e dos estados-membros e o postulado da simetria**

Por fim, talvez o mais relevante elemento diferenciador entre Confederações e Federações seja a existência, nestas últimas, de uma legislação comum, que cria de forma indistinta direitos e obrigações para os cidadãos dos diversos Estados-membros, o que seria impensável em uma Confederação.

De fato, segundo o já citado Alexis de Tocqueville, nos Estados Unidos do século XIX existiam duas sociedades distintas, encaixadas uma na outra.

---

<sup>12</sup> Os Municípios participam diretamente na arrecadação do ICMS (25%) e do IPVA (50%). Outrossim, dos 10% da arrecadação do IPI que são repartidos pela União com os Estados na proporção das exportações realizadas em seus territórios (com o intuito, portanto, de compensar a imunidade do ICMS nas vendas ao exterior), os Municípios fazem jus a 25%. Da mesma forma, dos 29% da receita global da CIDE-combustíveis que é entregue pela União aos Estados, estes devem partilhar com os Municípios 25% do total recebido.

<sup>13</sup> Segundo o art. 198, § 2º da CR/88 c/c LC nº 141/12, os Estados devem aplicar em serviços de saúde 12% e os Municípios 15% da receita obtida com a arrecadação dos seus impostos, com a retenção na fonte por eles feita do IR e com o repasse da parcela do IPI destinada a compensar a imunidade do imposto nas exportações de produtos industrializados.



Todavia, apesar da autonomia dos ordenamentos jurídicos, deve também existir entre eles uma simetria, para que suas dessemelhanças não se tornem motivo de desagregação.

Isso levou a doutrina a identificar, nos Estados Federais, o nominado princípio da simetria, pelo qual se postula uma obrigação geral implícita, imposta às ordens jurídicas menores, de observar algumas correspondências com o modelo federal estabelecido pela Constituição nacional na elaboração de seus próprios diplomas constitucionais.

Consoante o STF, a imposição da simetria é “*revelada por meio da obrigatoriedade de reprodução nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas municipais das características dominantes no modelo federal*”<sup>14</sup>.

De fato, em decisões antigas, da década de 1940, o STF julgou inconstitucionais algumas medidas de forte tom parlamentarista adotadas pelos Estados à época. Afinal, quando no âmbito da União se acolhe o presidencialismo, é imprópria a adoção pelos Estados de modelos de governo que impliquem uma quase absorção do Executivo nos quadros do Legislativo.

Com base nessa mesma orientação, já sob a égide da Constituição de 1988, decidiu o STF **ser inconstitucional norma da lei orgânica do município de Betim que não autorizava o Prefeito a ausentar-se do país, por qualquer período, sem prévia licença da Câmara Municipal, sob pena de perda do cargo**<sup>15</sup>.

De fato, agrediria a unidade constitucional a possibilidade de entes convivendo sob o mesmo macrossistema jurídico recepcionarem valores conflitantes entre si, pelo que a diversidade de ordenamentos jurídicos somente convive em harmonia se assegurada uma mínima (mas obviamente não completa) simetria entre eles.

## 2.3 Distinção entre Federação e Estado Unitário

Da mesma forma que se distinguiu a federação da confederação, faz-se mister estremá-la do estado unitário, o que exige a compreensão de dois postulados a esse respeito, intitulados “lei da participação” e “lei da autonomia”. É ver.

### 2.3.1 Lei da participação

A Lei da Participação prescreve a atuação efetiva dos Estados-membros na formação das decisões federais. Dessarte, mesmo não sendo

<sup>14</sup> STF, Pleno, ADI 3.549/GO, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, DJ 31.10.2007, p. 77.

<sup>15</sup> STF, Pleno, RE 317.574/MG, Rel. Min. César Peluso, DJe 31.01.2011.

soberanos, os Estados-membros integram o organismo da soberania, tanto na sua criação quanto no seu exercício.

Nessa linha, as Constituições Federais brasileira, americana e alemã preveem a existência de um órgão legislativo destinado aos representantes dos Estados federados, ao lado da câmara dos representantes do povo. Costuma-se dar a tal órgão o nome de Senado, que usualmente possui composição paritária (idêntico número de representantes por Estado), em homenagem ao princípio da igualdade entre os entes.

Entretanto, diante da existência de entes federados que não participam da formação da vontade do Estado Federal (como os Municípios no Brasil) e considerando ainda que há Estados federais, como o Canadá e a Áustria, nos quais não existe órgão semelhante ao Senado, a Lei da Participação fica relegada a um segundo plano, residindo na Lei da Autonomia o verdadeiro critério de distinção entre uma federação e um estado unitário ou regional, como se analisará a seguir.

## 2.3.2 Lei da autonomia

### 2.3.2.1 Origem etimológica

O vocábulo “autonomia” deriva do grego *autos* (si próprio) e *ne-mein* (governar), querendo significar, do ponto de vista etimológico, “governar a si próprio”.

A definição de ente autônomo é condição essencial para o reconhecimento de uma federação em contraposição a um estado unitário, no qual os entes regionais, apesar de possuírem funções administrativas, não detêm autonomia<sup>16</sup>.

### 2.3.2.2 As faces da autonomia no estado federal: administrativa, judiciária, legislativa e política

Apesar de ser impossível a quantificação da medida da autonomia necessária à qualificação do Estado como Federal, esta se manifesta de quatro formas essenciais, conforme leciona Sacha Calmon<sup>17</sup>:

---

<sup>16</sup> Constantino Mortati define autonomia como “a liberdade de determinação consentida para um sujeito”, que se assenta “no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação”. (MORTATI, Constantino. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 9. ed. Padova: Cedam, 1976. p. 824. t. II).

<sup>17</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23.

- a) autonomia administrativa, consistente no poder de ter administração executiva própria;
- b) autonomia judiciária, configurada na existência de um aparato jurisdicional próprio;
- c) autonomia legislativa, consistente no poder de produzir normas jurídicas; e
- d) autonomia política, consistente no poder de formar o seu próprio governo.

Kelsen nos oferta ainda insumos relevantes para distinção entre o Estado Unitário e o Federal com base no critério da autonomia legislativa. Segundo o autor, no Estado Unitário tem-se apenas a descentralização estática das normas jurídicas, porquanto as normas são produzidas por um único poder central com validade para todo o território ou para partes dele (regiões). Lado outro, no Estado Federal há a descentralização dinâmica, pela qual se confere aos entes menores o direito de produzir suas próprias normas jurídicas, por meio de seus legislativos, que irão valer dentro dos seus respectivos territórios. Assim, para além do poder central, emissor de normas que vincularão os entes menores (descentralização estática) existem, no Estado Federal, outras fontes de produção de normas (descentralização dinâmica). Não obstante, reconhece Kelsen a existência de grande proximidade entre Estados Unitários com províncias às quais se outorga o poder de legislar e o Estado Federal, diferenciando-se ambos “*apenas pelo fato de que as matérias sujeitas à legislação dos Estados componentes são mais numerosas e importantes do que as sujeitas à legislação das províncias autônomas*”<sup>18</sup>.

A este dado adicione-se que, contrariamente ao que se dá nos Estados Unitários, a descentralização dinâmica na federação não ocorre por concessão política feita por um ente em benefício de outro. Essas concessões, intituladas “*devolution*” nos países unitários de língua inglesa, são revogáveis *ad nutum* pelo concedente, consoante leciona Mathew Leeke<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 452.

<sup>19</sup> Para Mathew Leeke *et alii*, comentando a Constituição inglesa, *devolution* é “*o processo de devolução do poder do centro para as unidades subnacionais. É diferente do que ocorre em um sistema federal de governo, pois (...) é reversível e as instituições por ela beneficiadas são subordinadas ao Parlamento Central*”. (LEEKE, Mathew, SEAR, Chris; GAY, Oonagh. **An Introduction to Devolution in the UK**. London: House of Commons Library Research Papers, 2003. p. 7 – tradução livre do original em inglês).

Ao revés, no contexto federativo, a capacidade política do Estado-membro decorre da própria Constituição, sendo irrevogável e, entre nós, inclusive protegida por cláusula pétrea da Lei Maior.

### 2.3.2.3 Autonomia financeira: independência, suficiência e eficiência na obtenção de recursos

O aspecto financeiro da autonomia dos entes federados é, sem dúvida, o seu lado mais relevante. Afinal, sem recursos para exercer as funções que lhe são atribuídas, toda e qualquer delegação de poder (administrativo, judiciário, legislativo e político) aos Estados-membros será inócua, porquanto estes dependerão permanentemente das verbas do poder central para o atingimento de suas finalidades.

A autonomia financeira possui três características essenciais, que são a independência, a suficiência e a eficiência na obtenção de recursos<sup>20</sup>.

A *independência* na obtenção de recursos deve existir para que o ente federado não precise sujeitar-se a outro com vistas a obter os meios financeiros de que precisa.

A *suficiência* dos recursos angariados é fundamental para que os entes possam atender às necessidades públicas que estejam sob sua responsabilidade. Afinal, se a Constituição dá os fins, precisa também prover os meios.

Por fim, a *eficiência* na arrecadação (designada por Fritz Neumark<sup>21</sup> como praticidade, comodidade e economicidade arrecadatórias) busca privilegiar cada ente com os impostos mais adequados à sua abrangência (local, regional ou nacional). É o que justifica, por exemplo, a atribuição à União dos impostos sobre o comércio exterior e aos Municípios do imposto sobre propriedade imóvel urbana. Diga-se ainda, com base em Onofre Batista Junior<sup>22</sup>, que desde a EC 19/98 o princípio da eficiência administrativa é expresso no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

É dentro do escopo da autonomia financeira do ente federado que se insere o estudo do federalismo fiscal e da respectiva repartição das receitas tributárias, que será feito a seguir.

<sup>20</sup> CONTI, José Maurício, Federalismo Fiscal e a Repartição das Receitas Tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Orgs.). **Tratado de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189. v. 1.

<sup>21</sup> *Apud* LOBO, Rogério Leite. **Federalismo Fiscal Brasileiro**: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 117.

<sup>22</sup> BATISTA JR., Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 109-63.

### **3 A REPARTIÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO**

#### **3.1 A Necessidade de Repartição das Receitas Auferidas para Preservação da Autonomia Financeira dos Entes Federados**

Os mecanismos intergovernamentais de transferências de receitas, que radicam na solidariedade federativa (federalismo de cooperação), integram – ao lado da repartição das fontes de receita – o segundo grande grupo de instrumentos da autonomia fiscal.

Usualmente, a repartição ocorre do ente maior para o menor; no entanto, seria possível imaginar-se um cenário no qual o ente menor dividiria suas receitas com os entes maiores, conforme pugnado pelos defensores do intitulado princípio da subsidiariedade<sup>23</sup>.

De todo modo, a transferência intergovernamental de receitas (repartição do produto da arrecadação) desempenha papel de relevo no amortecimento das desigualdades fiscais no contexto da Federação, contribuindo decisivamente para a erradicação da pobreza, da marginalização e para a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CR/88).

#### **3.2 As Formas de Repartição Vertical de Receitas: Obrigatórias e Voluntárias; Vinculadas e Não-Vinculadas; Diretas e Indiretas**

As transferências de receitas entre os entes federados podem decorrer de uma obrigação constitucional ou legal entre as unidades da federação (sendo denominadas na doutrina estrangeira de “*revenue-sharing arrangements*”) ou, então, de uma relação contratual entre as ordens jurídicas parciais, a título de assistência financeira (são os “*grants*” do direito forâneo).

Outro critério classificatório é o que destaca a vinculação dos recursos repassados a finalidades específicas, o que permite a classificação dos repasses como vinculados ou não-vinculados, conforme o ente beneficiado possa ou não utilizar livremente os valores percebidos.

Por fim, pode-se discernir no sistema de transferências as participações diretas das indiretas. As primeiras se fazem presentes quando a arre-

---

<sup>23</sup> O princípio da subsidiariedade representa uma reação ao centralismo federativo, defendendo a conferência aos entes menores do maior plexo possível de competências (inclusive, portanto, as tributárias), haja vista que a proximidade com o cidadão permite maior eficiência no atendimento às necessidades públicas. Dentro dessa perspectiva, os entes maiores teriam competências subsidiárias, meramente supletivas, atuando nos campos em que os entes menores não conseguissem, por limitações que lhe são inerentes, apresentar soluções satisfatórias. Todavia, esta é apenas uma teoria nos dias atuais, que não encontra solo fértil para sua implementação nos diversos estados federativos de “cooperação” existentes.

cação do tributo de competência de uma unidade federativa é constitucionalmente destinada a outro ente, ao qual aquela deverá fazer o necessário repasse (ou ao qual, caso delegada a capacidade tributária ativa, competirá remanescer com o todo ou parte do produto auferido). Já as participações indiretas se dão quando as parcelas de um ou mais tributos são destinadas a fundos, cujos recursos são posteriormente distribuídos às unidades federadas, consoante critérios previamente estabelecidos.

Estudaremos, a seguir, casos de repartição obrigatória das receitas no âmbito da federação brasileira, que ocorrem tanto de forma direta como indireta, em ambos os casos com e sem vinculação do montante repassado a destinações específicas.

### **3.3 O Sistema de Participação Direta**

#### **3.3.1 Participação dos estados no produto da arrecadação de impostos federais**

Estatuem os arts. 153, § 5º, I, 157, I, II e 159, II e III da Carta Magna que pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

- a) 30% da arrecadação do IOF incidente na origem sobre o ouro, quando este for ativo financeiro ou instrumento cambial (art. 153, § 5º, I);
- b) a totalidade do IRRF incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados, suas autarquias e pelas fundações que instituam e mantiverem (art. 157, I);
- c) 20% do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência residual (art. 157, II);
- d) 10% do IPI arrecadado pela União, proporcionalmente ao valor das exportações de produtos industrializados realizadas em cada Estado; e
- e) 29% da CIDE-combustíveis arrecadada pela União, partilhada na forma da lei federal.

#### **3.3.2 Participação dos municípios no produto da arrecadação de impostos federais e estaduais**

Conforme os arts. 153, § 5º, II e 158 da Constituição, têm as municipalidades participação direta sobre:

- a) 70% da arrecadação do IOF incidente na origem sobre o ouro, quando este for ativo financeiro ou instrumento cambial;

- b) a totalidade do IRRF incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
- c) 50% do produto da arrecadação do ITR relativamente aos imóveis nelas situados. Admite-se a delegação da capacidade tributária ativa aos Municípios, na forma do art. 153, § 4º, III, caso em que lhes caberá a totalidade do valor arrecadado;
- d) 25% do IPI recebido pelos Estados da União na proporção de suas exportações de produtos industrializados;
- e) 50% do IPVA relativo aos veículos licenciados nos respectivos territórios;
- f) 25% do ICMS. A participação neste caso é regulada no art. 158, IV e parágrafo único, pelo qual três quartos do valor total arrecadado são reservados e repassados na proporção do valor adicionado nas operações realizadas nos respectivos territórios, e até um quarto na forma prevista pela legislação estadual (ou federal, no caso dos territórios) que venha a dispor sobre o assunto;
- g) 25% do montante da CIDE-combustíveis destinado aos Estados, partilhado na forma da lei federal.

### **3.3.3 Conceito de valor adicionado fiscal: critérios para a partilha entre os municípios do icms e do ipi repassados pelos estados**

A Constituição Federal, em seu art. 158, IV, estabelece que 25% do produto da arrecadação do ICMS pertence aos Municípios, ditando, em seu parágrafo único, os seguintes critérios de repartição:

- a)  $\frac{3}{4}$ , no mínimo, serão repartidos na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação jurídica de mercadorias e prestações de serviços de transporte (interestadual e intermunicipal) e comunicação ocorridas nos territórios dos respectivos municípios; e
- b)  $\frac{1}{4}$ , no máximo, será repassado na forma disposta em lei estadual.

Mais adiante, ao determinar em seu art. 159, II que 10% do IPI arrecadado pela União será repassado aos Estados e ao Distrito Federal na proporção das exportações de produtos industrializados por aqueles realizadas, a CR/88 também exige (art. 159, § 3º) que os Estados repassem aos respectivos Municípios 25% do valor por eles percebido da União, “observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II”.

A Lei Complementar 63/90 definiu que o valor adicionado corresponderá ao valor das mercadorias saídas, acrescido das prestações de serviços em território municipal, deduzido o valor das mercadorias entradas em cada ano civil.

Ou seja, consoante a legislação federal que disciplina a matéria (com espeque no art. 161, I da Lei Maior, que atribui à lei complementar a definição de valor adicionado para fins do disposto no seu art. 158, parágrafo único, I), o VAF é obtido a partir de uma simples operação aritmética:

VAF = valor das saídas de mercadorias e serviços – valor das entradas de mercadorias

Prosseguindo, a LC 63/90 esclarece que deverão ser computadas como saídas de mercadorias:

- a) todas as operações e prestações que constituírem fato gerador do ICMS, inclusive as diferidas, isentas ou alcançadas por benefícios fiscais; e
- b) as operações imunes do imposto.

É fácil concluir – uma vez que está literalmente consignado na Constituição – que a norma fundamental adota, como critério de distribuição do ICMS entre os Municípios, o da territorialidade do valor adicionado, sendo que este é calculado com base em todas as operações potencialmente (mas não necessariamente) tributáveis pelo ICMS

Segundo esse critério básico e obrigatório em todo o âmbito nacional, cada Município fica com o valor adicionado produzido em seu próprio território.

### **3.3.4 A repartição das receitas do ipi: o limitador de 20% por estado**

A previsão de repasse para os Estados de 10% do IPI arrecadado (com a obrigação destes repassarem aos respectivos Municípios 25% do que receberem, seguindo os mesmos critérios da repartição do ICMS) tem duas regras a serem observadas.

A primeira se refere à proporção em que os valores serão pagos. Leva-se em consideração o valor das exportações de produtos industrializados realizadas no território do ente federado.



Como a redação originária da Lei Maior previa imunidade de ICMS apenas para a exportação de produtos industrializados, o aludido repasse foi criado para compensar a perda dos Estados com a não-incidência do imposto estadual nessas operações.

Todavia, para que não houvesse uma concentração excessiva do repasse em um determinado Estado (notadamente São Paulo, que concentra a maior parte das exportações de produtos industrializados do país), a própria Constituição prescreveu que nenhum ente federado receberia mais de 20% do montante total entregue pela União, de modo a prestigiar os demais Estados, menos industrializados e, por conseguinte, exportadores em menor escala desses produtos.

Vale notar que alguns doutrinadores se referem ao repasse do IPI como “Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados”. Todavia, adotamos a classificação mais usual para fins desta exposição, que considera a hipótese como sendo de participação direta do produto da arrecadação dos Estados no IPI arrecadado pela União.

Outrossim, como já aludido no item anterior, os Municípios fazem jus a 25% do valor percebido pelos Estados a título de IPI. A divisão entre as municipalidades seguirá os mesmos critérios da repartição do ICMS, a saber:  $\frac{3}{4}$ , no mínimo, segundo as regras do Valor Adicionado Fiscal;  $\frac{1}{4}$ , no máximo, consoante o padrão estabelecido por lei estadual.

### **3.3.5 A partilha da CIDE-combustíveis: participação dos estados e dos municípios**

Criada pela EC 33/01 e instituída pela Lei 10.336/01, a CIDE-combustíveis – de competência da União – incide sobre a importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. Constitucionalmente, suas receitas são mandatoriamente aplicadas em (art. 177, § 4º, II da CR/88):

- a) pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;
- c) financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Em face dos elevados volumes de arrecadação, em 2003 foi aprovada a EC 42 que, inicialmente, destinou aos Estados 25% da arrecadação da CIDE, na forma da lei federal, assegurando ainda aos Municípios respectivos a participação em 25% desse montante.

Posteriormente, por meio da EC 44/04, a parcela dos Estados foi elevada para 29%, permanecendo incólume, todavia, o montante a ser repassado às respectivas municipalidades.

A Lei 10.866/04 regulamentou a forma de partilha da CIDE entre os Estados, erigindo os seguintes critérios:

- a) 40% proporcionalmente à extensão da malha viária federal e estadual pavimentada existente em cada Estado e no Distrito Federal, conforme estatísticas elaboradas pelo DNIT;
- b) 30% proporcionalmente ao consumo, em cada Estado e no Distrito Federal, dos combustíveis a que a CIDE se aplica, conforme estatísticas elaboradas pela ANP;
- c) 20% proporcionalmente à população, conforme apurada pelo IBGE;
- d) 10% distribuídos em parcelas iguais entre os Estados e o Distrito Federal.

Os valores deverão, conforme teor da lei, ser obrigatoriamente aplicados pelos Estados em programas de infraestrutura de transportes.

Os Municípios fazem jus, consoante o art. 159, § 4º da Lei Maior, a 25% do montante da CIDE percebido pelos Estados.

O critério de repartição entre as Municipalidades foi estabelecido de forma provisória pela Lei 10.866/04, a saber:

- a) 50% proporcionalmente aos mesmos critérios previstos na regulamentação da distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios (valor adicionado fiscal + lei estadual); e
- b) 50% proporcionalmente à população, conforme apurada pelo IBGE.

Da mesma forma que os Estados, os Municípios restam obrigados a aplicar os recursos da CIDE em programas de infraestrutura de transportes.

### **3.4 O Sistema de Participação Indireta**

#### **3.4.1 Características dos fundos**

Complementando este cenário, encontram-se na Constituição várias formas de participação indireta, em que a distribuição da pecúnia recolhida é intermediada pelos fundos, dando-se em mais de uma etapa.

Tais formas de participação estão essencialmente descritas no art. 159 da CR/88, que prevê dois dos principais fundos: o de Participação dos Estados e Distrito Federal (FPE) e o de Participação dos Municípios (FPM), tratando ainda dos Fundos de Financiamento da Região Norte (FNO), Nordeste (FNE) e Centro-Oeste (FCO).

Fundo pode ser definido como toda reserva de receita, para a aplicação determinada em lei, não sendo dotados de personalidade jurídica e tampouco de capacidade postulacional.

Caso determinado Estado ou Município entenda que recebeu valores a menor não é ao Fundo que se dirigirá, mas ao Tribunal de Contas da União, entidade encarregada de efetuar o cálculo das quotas e fiscalizar sua distribuição. Os cálculos elaborados pelo TCU são anuais, não podendo haver qualquer alteração nos índices durante o exercício financeiro, porque prevalece a ideia da *anualidade* de sua vigência, conforme precedentes do STF<sup>24</sup>.

### **3.4.2 Fundos não vinculados a despesas específicas**

#### **3.4.2.1 Fundo de participação dos estados e distrito federal**

O FPE tem assento no art. 159 da Constituição Federal, sendo formado por receitas provenientes dos impostos federais sobre a renda e sobre produtos industrializados, a serem distribuídas segundo os critérios estabelecidos em normas infraconstitucionais (papel cumprido, atualmente, pela Lei Complementar 62/89).

O FPE tem como principal fonte de receita 21,5% do que for arrecadado pela União com o IR e o IPI, descontados da base de cálculo, no primeiro caso, os valores retidos na fonte e diretamente apropriados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Segundo a LC 62/89, os valores devem ser distribuídos aos Estados nas seguintes proporções:

- a) 85% às Unidades da Federação integrantes das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;
- b) 15% às Unidades da Federação integrantes das regiões Sul e Sudeste.

Uma vez cumprida esta etapa, seguem-se as regras dos arts. 88 a 90 do Código Tributário Nacional, pelas quais o FPE é repartido da seguinte forma:

---

<sup>24</sup> STF, Pleno, MS 24.098/DF, Rel. Min. César Peluso, DJ 21.05.2004, p. 33.

- a) 5%, proporcionalmente à superfície de cada entidade participante;
- b) 95%, proporcionalmente ao coeficiente individual de participação, resultante do produto do fator representativo da população pelo fator representativo do inverso da renda per capita, de cada entidade participante.

O Anexo Único da LC 62/89 contém os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal no Fundo, que, inicialmente, foram criados para serem aplicados até o exercício de 1991, prevendo-se a criação de lei específica para o exercício de 1992 e posteriores.

Entretanto, ante a inércia do Congresso, os coeficientes originários continuaram sendo aplicados nos anos subsequentes, em que pesem as modificações tanto da renda *per capita* como da população de cada ente federado ao longo dos últimos 20 anos.

Em face disso, o STF declarou a inconstitucionalidade da LC 62/89, todavia sem pronúncia de nulidade, com efeitos *pro futuro*, mantida a sua vigência até 31.12.2012<sup>25</sup>, ocasião em que o Congresso deverá ter aprovado nova lei, dispondo novos critérios.

A declaração de inconstitucionalidade acolheu os argumentos de que o transcurso de longos anos sem qualquer alteração nos critérios de repartição não reflete a situação populacional e socioeconômica do Brasil do hoje, que devem ser considerados, por expressa disposição do CTN, para essa finalidade.

Por fim, anote-se que, por obra da EC 53/06, 20% do FPE é destinado ao FUNDEB respectivo (há um por Estado), viabilizando os investimentos em educação básica. Da mesma forma, 18% do FPE é vinculado a investimentos na área da saúde, conforme a EC 29/00 c/c LC 141/12. Desse modo, a livre destinação do FPE se aplica a somente 62% dos valores percebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal.

---

<sup>25</sup> Confira-se a ementa:

“*Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inc. II, da Constituição). Lei Complementar 62/89. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incs. I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/89, assegurada a sua aplicação até 31.12.2012*”. (STF, Pleno, ADI 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29.04.2010).

### 3.4.2.2 Fundo de participação dos municípios

O critério de repartição do Fundo de Participação dos Municípios, financiado por 23,5% da arrecadação do IR e do IPI, é estabelecido pelo art. 91 do Código Tributário Nacional. Conforme esse dispositivo, 10% do valor do fundo é destinado às capitais, ao passo que os demais 90% são repartidos entre os Municípios do interior, valendo ainda notar que, por força do Decreto-Lei 1.881/81, 4% dos recursos destinados aos municípios do interior constituem uma reserva que é repartida exclusivamente entre os municípios com população superior a 156.216 habitantes, sem prejuízo da participação destes na divisão dos 96% restantes.

Há basicamente dois critérios que orientam a repartição do FPM:

- a) o número de habitantes do município, conforme os dados mais recentes divulgados pelo IBGE; e
- b) o inverso da renda *per capita* do Estado em que o Município estiver situado.

Dessarte, quanto maior o número de habitantes e quanto menor a renda *per capita* estadual, maior será a parcela do Município no âmbito do FPM, o que ocasionalmente gera protestos por parte das Municípios cujas população se reduz ao longo dos anos.

Vale notar que, por obra da EC 53/06, 20% do FPM é destinado ao FUNDEB do Estado em que o Município estiver situado, para financiar investimentos em educação básica. Outrossim, 12% do FPM é vinculado à aplicação em ações relativas à saúde por meio de fundos municipais destinados a essa finalidade, consoante a EC 29/00 c/c LC 141/12.

A vinculação ao FUNDEB e aos Fundos de Saúde não alcança, entretanto, o um ponto porcentual da arrecadação do IR/IPI que foi adicionado ao FPM pela EC 55/07, cujo escopo é financiar os Municípios para pagamento do 13º salário de seus funcionários, razão pela qual o valor somente é creditado em favor daqueles no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano.

Desse modo, a livre destinação do FPM se aplica apenas a 68% dos valores percebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal.

### 3.4.3 Fundos vinculados a despesas específicas

#### 3.4.3.1 Fundos constitucionais de financiamento ao setor produtivo das regiões norte, nordeste e centro-oeste

O art. 159, I da Carta Magna prescreve a destinação de 3% do produto da arrecadação do IPI e do Imposto de Renda a fundos direcionados especificamente às regiões mais necessitadas do país.

Tais fundos visam a contribuir para o desenvolvimento econômico e social das respectivas regiões, mediante a execução de programas de financiamento aos setores produtivos, em consonância com os respectivos planos regionais de desenvolvimento (Lei 7.827/89, art. 2º).

No caso do Nordeste, o Fundo Constitucional de Financiamento inclui a finalidade específica de financiar, em condições compatíveis com as peculiaridades da área, atividades econômicas do semiárido, às quais serão destinadas metade dos recursos ingressados nos termos do art. 159, I, *c* da Constituição (Lei 7.827/89, art. 2º, § 2º).

Frequentam o rol de beneficiários dos Fundos de Financiamento os produtores e empresas, pessoas físicas e jurídicas, além das cooperativas de produção que desenvolvam atividades produtivas nos setores agropecuário, mineral, industrial e agroindustrial das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Conforme a legislação aplicável, a divisão dos recursos (3% do produto da arrecadação do IR e do IPI) se opera da seguinte forma:

- a) 1,8% para o Fundo da região Nordeste;
- b) 0,6% para cada um dos Fundos das regiões Norte e Centro-Oeste.

### **3.4.3.2 Fundo de desenvolvimento da educação básica – FUNDEB**

O *caput* do art. 212 da CR/88 determina que a União aplicará, anualmente, no mínimo 18% da receita proveniente da arrecadação de impostos em manutenção e desenvolvimento da educação, sendo esse percentual de 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios, incluindo nesse montante os valores recebidos a título de transferências intergovernamentais.

Trata-se de uma exceção ao princípio inserto na parte inicial do art. 167, IV, da CR/88, pelo qual é vedada a vinculação a órgão, fundo ou despesa do produto da arrecadação de impostos.

Todavia, constatada a importância da educação e a insuficiência dos recursos a ela destinados, criou-se, em 1997, o intitulado FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, que vigorou até 2006, tendo sido substituído pelo atual FUNDEB – Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (com validade até 2020), cujo escopo é o de incrementar os recursos destinados à educação básica, compreendida esta desde a educação infantil até o ensino médio.

O FUNDEB foi criado pela Emenda Constitucional nº 53/06, que determinou o direcionamento de *20% das receitas auferidas pelos Estados com:*

- a) a cobrança dos seus próprios impostos (art. 155, I, II e III da CR/88);
- b) a transferência, pela União, da parcela correspondente a 20% dos impostos por ela criados no exercício da competência residual (art. 157, II da CR/88);
- c) a transferências de receitas, pela União, por meio do Fundo de Participação dos Estados, formado por 21,5% da arrecadação do IPI e do IR (art. 159, I, *a* da CR/88);
- d) a transferência, pela União, de 10% da arrecadação do IPI, na proporção das exportações realizadas em cada Estado (art. 159, II da CR/88).

Outrossim, também comporão o FUNDEB *20% das receitas auferidas pelos Municípios com:*

- a) as transferências de receitas, pela União, relativas à arrecadação do ITR (50% ou, caso o Município tenha assumido a capacidade tributária ativa, 100% do produto da arrecadação);
- b) as transferências de receitas, pelos Estados, relativas à arrecadação do IPVA (50%) e do ICMS (25%);
- c) as transferências de receitas, pela União, por meio do Fundo de Participação dos Municípios (excetuada a parcela de 1% da arrecadação do IR e do IPI que é distribuída aos Municípios pelo FPM no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano, para que as municipalidades possam arcar com o 13º salário dos seus funcionários).

A razão de estarmos tratando do FUNDEB no âmbito das transferências intergovernamentais de receitas deve-se ao fato de que a União, por expressa determinação da EC 53/06, contribui quando necessário com até 10% do valor aportado pelos Estados e Municípios, de modo a viabilizar que, em cada Estado da Federação, os recursos para a educação básica alcancem um valor mínimo por aluno definido na legislação.

Assim é que o FUNDEB constitui mais uma forma de transferência intergovernamental de receitas, todavia com expressa vinculação aos dispêndios com a educação básica.

Essa a razão, inclusive, pela qual a EC 53/06 prescreveu que o art. 160 da Constituição (cujo parágrafo único trata da possibilidade de retenção, pela União e Estados, dos repasses de receitas devidos aos demais entes) se aplica ao FUNDEB.

### 3.4.3.3 Fundo da saúde

A EC 29/00 determinou que União, Estados e Municípios aplicassem parcela das receitas oriundas de suas arrecadações de impostos e transferências intergovernamentais em ações relativas à saúde pública.

Para o período entre 2000 e 2004, por força de dispositivo da própria EC 29/00, os percentuais mínimos destinados à saúde foram previstos na Lei Maior (art. 74 do ADCT).

Todavia, a partir de então, o mínimo da receita de impostos/transferências a ser aplicado em saúde passou a depender da edição de lei complementar.

Somente em janeiro de 2012 foi editada a LC 141/12, que estabeleceu:

- a) para a União, a obrigatoriedade de aplicação em saúde de, no mínimo, o mesmo valor empenhado no exercício imediatamente anterior, acrescido da variação positiva do PIB;
- b) para os Estados e Distrito Federal, a aplicação em saúde de, pelo menos, 18% das receitas obtidas com a arrecadação dos impostos estaduais (art. 155, I, II e III da CR/88), do IRRF que lhes compete (art. 157, I da CR/88), dos repasses dos impostos residuais (art. 157, II da CR/88), do Fundo de Participação dos Estados (art. 159, I, *a*) e do IPI (art. 159, II da CR/88);
- c) para os Municípios, a aplicação em saúde de, pelo menos, 12% das receitas obtidas com a arrecadação dos impostos municipais (art. 156, I, II e III da CR/88) e do IRRF que lhes compete (art. 158, I da CR/88), bem como das transferências do ITR (50% ou 100% do produto arrecadado – art. 158, II da CR/88), do IPVA (50% – art. 158, III da CR/88), do ICMS (25% – art. 158, IV da CR/88), do Fundo de Participação dos Municípios (excetuada a parcela destinada ao pagamento do 13º do funcionalismo municipal – art. 159, I, *b* da CR/88) e do IPI repassado pelos Estados pela compensação das perdas com a exportação de produtos industrializados (art. 159, § 3º da CR/88).

A LC 141/12 determinou, ainda, a criação de Fundos de Saúde federal, estaduais e municipais, sendo certo que o seu estudo neste capítulo,



relativo às transferências intergovernamentais vinculadas, deve-se ao fato de que os recursos do Fundo federal serão transferidos aos Fundos Estaduais e Municipais com base em critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Saúde, criado no âmbito do Ministério da Saúde. A seu turno, os fundos estaduais farão aportes aos fundos municipais, seguindo igualmente as regras pactuadas pelos respectivos fundos estaduais de saúde.

Tais transferências são classificadas como automáticas e obrigatórias pela LC 141/12, sendo certo que eventual retenção dos valores deverá fundar-se apenas nas hipóteses constitucionalmente estipuladas, que serão a seguir detalhadas.

### 3.5 Previsões Constitucionais de Retenção de Recursos

O art. 160 da Lei Maior veda, em seu *caput*, a “*retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos*”.

Seu parágrafo único, todavia, autoriza excepcionalmente a retenção dos repasses, condicionando a entrega dos valores pela União:

- a) ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; e
- b) ao cumprimento do dever de aplicação da parcela constitucional dos recursos em ações e serviços de saúde<sup>26</sup>.

Outra possibilidade na qual o repasse das verbas pode ser obstado é a prevista no art. 167, § 4º da Lei Maior. Este dispositivo permite a vinculação de receita de impostos pelos Estados, DF e Municípios para pagamento de débitos perante a União, assim como para prestação de garantia ou contragarantia em operações de crédito.

Noticia José Maurício Conti<sup>27</sup> que, “*dada a dificuldade financeira que assola grande parte dos Estados e Municípios, não é incomum que a União proceda ao bloqueio das contas a serem repassadas, em razão de os beneficiários não terem saldado suas dívidas*”, o que acaba gerando questionamentos judiciais sobre o exercício desta prerrogativa prevista no texto constitucional.

---

<sup>26</sup> É interessante notar que, apesar de a CR/88 também estipular valores mínimos a serem empregados em educação, a possibilidade de retenção somente passa a existir caso o ente federado descumpra a obrigação de aplicação mínima dos recursos de impostos e repasses em ações de saúde.

<sup>27</sup> CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 117.

Fato que provocou grande repercussão na imprensa foi a lide instaurada, em 1999, por Minas Gerais, em razão da apropriação pela União do repasse de recursos devidos ao Estado, para saldar dívidas deste (PET 1654/99, PET 1662/99 e PET-AgRg 1665-MG).

Os desentendimentos se deram em razão do “Protocolo de Acordo”, firmado pelos Estados com a União em setembro de 1996, através do qual fixaram-se diretrizes para a renegociação das dívidas estaduais no bojo do “Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados”.

À época Procuradora-Geral do Estado, Misabel Derzi<sup>28</sup> leciona que as cláusulas ali pactuadas

*autorizavam, em caso de inadimplência, a intervenção da União nas contas bancárias do Estado, para se apropriar dos recursos necessários à quitação das obrigações assumidas. O credor, sem mesmo notificar o devedor, sem sequer ouvi-lo, calcula o que entende valer o seu crédito, apura-o, atualiza-o e pratica execução extrajudicial sumária.*

Ora, as cláusulas autorizativas da retenção dos repasses, para se compatibilizarem com o espírito federativo, apenas admitem interpretação restritiva. De fato, o condicionamento da entrega do repasse (consoante autoriza o parágrafo único do art. 160 da Lei Maior) não pode ser compreendido como permissão para que a União utilize os recursos que pertencem aos demais entes federados. Assim, os valores retidos devem permanecer na respectiva conta bancária, aguardando a quitação das dívidas entre as unidades federadas.

Quanto à vinculação das receitas de impostos para pagamento de débitos perante a União (art. 167, § 4º), tampouco se pode compreender como uma possibilidade de apropriação direta pela União dos valores titularizados pelos Estados e Municípios. Ao revés, trata-se tão-somente de permissão para que o ente federado, no exercício de sua competência orçamentária, destine parcela dos seus impostos à quitação de suas dívidas com o ente maior ou, então, à prestação de garantia em novas operações de crédito contratadas com aquele.

Descabido, portanto, o autopagamento mediante a apoderação de recursos alheios. De fato, como leciona Régis Fernandes de Oliveira<sup>29</sup>, “a forma adequada para exigir o pagamento é a comum utilizada por todas as pessoas

<sup>28</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. Comentários aos arts. 40 a 47 da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 303.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 340.

*físicas ou jurídicas portadoras de um título, isto é, levá-lo ao Judiciário para apuração de sua liquidez e, então, sujeitar-se à expedição de precatórios”.*

Outrossim, em atenção ao pacto federativo, deve-se considerar como argumento de defesa dos Estados e Municípios a impossibilidade material do pagamento, dada a escassez de recursos ou insuficiência para satisfação das obrigações primárias da população.

Segundo esta linha argumentativa, é de se concluir que extrapolou os limites do que prevê a Constituição o art. 40, § 1º, II da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00) ao estatuir que

*a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.*

Todavia, o dispositivo segue sendo aplicado, em que pese ser altamente questionável.

#### 4 CONCLUSÕES

Dizia Rui Barbosa, nos idos de 1889, que antes de ser republicano já o era federalista.

De fato, a organização político-jurídica trazida pela experiência norte-americana, em que pesem suas mutações ao longo de mais de dois séculos, vincula-se aos propósitos do Estado Democrático de Direito.

Todavia, há claramente, em decorrência do hodierno “federalismo de cooperação”, um descompasso entre a capacidade financeira do ente central e dos demais entes subnacionais. Afinal, como leciona Bernard Schwartz<sup>30</sup> sobre o tema, “aquele que paga o flautista escolhe a música”.

Nesse sendeiro, o estudo da repartição das competências tributárias, assim como da repartição do produto da arrecadação, possibilita inferir-se a dimensão efetiva da autonomia que os entes federados efetivamente possuem. Afinal, como já mencionado, é impensável falar-se em autonomia administrativa, judiciária, legislativa e política se não houver suficiência de recursos para sustentá-las.

O mecanismo de repartição das receitas tributárias, após sua arrecadação pelos entes competentes, é hoje a principal forma de redistribuição interna de riquezas entre as unidades da federação brasileira.

---

<sup>30</sup> SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 44-5.

Por esse motivo, toda e qualquer autorização para retenção dos valores repassados precisa ser interpretada *cum grano salis*, para não se ferir a cláusula pétreia do Estado brasileiro que é exatamente o pacto federativo.

Contudo, um Estado que foi unitário durante 389 anos não se transforma por ato legislativo em uma federação. Não obstante, transcorridos 123 anos da data em que os “românticos de 1889”, como diz Pontes de Miranda, se puseram a serviço das oligarquias locais contra o poder central, já é tempo de nos despirmos das antigas vestes e assumirmos de plano nossa união federativa, fortalecendo as Municipalidades e os Estados de modo a aproximar a população do poder que lhes ampara e, com isso, propiciar-se uma democracia mais plena e participativa do que a hoje vivenciada.

## 5 REFERÊNCIAS

- BATISTA JR., Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BERNARDES, Flávio Couto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e o Controle da Atividade Financeira do Estado: a efetividade do princípio constitucional do equilíbrio econômico e financeiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, a. 1, n. 2. Belo Horizonte: Fórum, jul./dez. 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1967.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CONTI, José Maurício, Federalismo Fiscal e a Repartição das Receitas Tributárias. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Orgs.). **Tratado de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- DE MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América – leis e costumes. De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. Comentários aos arts. 40 a 47 da Lei de Responsabilidade Fiscal. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEEKE, Mathew, SEAR, Chris; GAY, Oonagh. **An Introduction to Devolution in the UK**. London: House of Commons Library Research Papers, 2003.
- LOBO, Rogério Leite. **Federalismo Fiscal Brasileiro**: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MACE, George. **Locke, Hobbes and the Federalist Papers – an essay on the genesis of the American Political Heritage**. Carbondale: South Illinois University, 1979.
- MONTESQUIEU, Baron de. **The Spirit of the Laws**. Encyclopaedia Britannica: Chicago, 1952.
- MORTATI, Constantino. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 9. ed. Padova: Cedam, 1976. p. 824. t. II.
- OATES, Wallace E. **Federalismo fiscal**. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
- WHEARE, Kenneth, *Apud* TELFORD, Hamish. Liberalism versus Communitarianism and Canada's Constitutional Conundrum. **Journal of Canadian Studies**, v. 33, 1998.



# REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS E AUTONOMIA FEDERATIVA

*Andrei Pitten Velloso<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Desequilíbrios na Divisão de Competências Político-Administrativas e Tributárias; 3. Modalidades de Repartição das Receitas Tributárias; 3.1. Repartição pela fonte ou pelo produto; 3.1.1. Repercussão na autonomia financeira; 4. Regras Constitucionais de Repartição das Receitas Tributárias; 4.1. Impostos; 4.2 Contribuições especiais; 5. Desonerações de Impostos Partilhados e Cálculo dos Repasses; 5.1. Política federal de desonerações centradas em impostos partilhados; 5.2. O conceito de “produto da arrecadação”; 6. Burla ao Direito Constitucional à Repartição da Receita de Novos Impostos; 6.1. Criação de novas competências; 6.2. Cobrança de contribuições desnecessárias; 6.2.1. Contribuições parcialmente desafetadas; 6.2.2. Contribuições afetadas a finalidades esauridas; 6.3. Cobrança de taxas excessivas; 7. Conclusões; 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Sem meios, não há como promover fins. Sem autonomia financeira, não há autonomia político-administrativa. Não há liberdade para implementar políticas públicas. Não há condições de, verdadeiramente, governar.

As regras de repartição das receitas tributárias destinam-se a fornecer, a cada ente federativo, os meios financeiros para a execução das suas políticas públicas. Consectariamente, devem harmonizar-se com as suas competências político-administrativas e promover, de forma plena, a sua autonomia financeira.

---

<sup>1</sup> Juiz Federal da 4ª Região. Professor de Direito Tributário e Financeiro da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Doutor em Direitos e Garantias do Contribuinte pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito Tributário pela UFRGS. Coordenador da Especialização em Direito Tributário da Fundação Escola Superior de Direito Tributário – FESDT –, Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul (ESMAFE) e Universidade de Caxias do Sul – UCS.

Objetiva-se, neste artigo, averiguar se as atuais regras constitucionais de repartição de receitas tributárias são efetivamente consentâneas com a autonomia financeira e política dos alcunhados “entes menores” da federação (ou seja, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), inclusive quando conjugadas às políticas tributárias adotadas pelos titulares das competências impositivas correlatas (União e/ou Estados). Pretende-se, portanto, evidenciar problemas, não propor soluções concretas, que são múltiplas e complexas, devendo ser elaboradas e apreciadas com base em projeções econômicas, dentro de espaços políticos nos quais se possa lograr o necessário consenso parlamentar.

Para tanto, principia-se pela demonstração dos desequilíbrios na divisão de competências político-administrativas e tributárias entre os entes da federação (Cap. I); analisam-se as modalidades de repartição das receitas tributárias, bem como a sua repercussão na autonomia dos entes federados (Cap. II); expõem-se as regras constitucionais de competência para a cobrança de impostos e de contribuições especiais, assim como de repartição do produto da arrecadação (Cap. III); denuncia-se a política federal de desonerações centradas em impostos partilhados – e o seu reflexo no cálculo dos valores a serem repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (Cap. IV); e, por fim, revelam-se modalidades de burla ao direito constitucional à repartição da receita de novos impostos (Cap. V).

## **2 DESEQUILÍBRIOS NA DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E TRIBUTÁRIAS**

A situação financeira da União não pode ser tida por excepcional; porém, é invejável aos Estados e aos Municípios, que, mesmo realizando severos ajustes fiscais, não têm, em geral, recursos para realizar investimentos, implementar novas políticas públicas e, não raro, sequer para fazer frente às suas despesas correntes.

Esse quadro se deve a inúmeros fatores, dentre os quais sobressai o desequilíbrio entre as competências político-administrativas e tributárias.

Inspirada no modelo federativo estadunidense, em que a federação se formou por agregação, a Constituição de 1988 atribuiu aos Estados a competência residual em matéria político-administrativa, “reservando-lhes” as competências “que não lhes sejam vedadas” (art. 25, § 1º, da CRFB).

Porém, não lhes conferiu a competência residual em matéria tributária, que já titularizaram, concorrentemente com a União, nas Cartas de 1934 (art. 10, VII), 1937 (art. 24) e 1946 (art. 21): outorgou-a à União (art.



154, D), nos moldes do que previamente fora estabelecido pela Constituição de 1967 (art. 19, § 6º) e pela Emenda Constitucional nº 01/1969 (art. 18, § 5º).

Atribuiu-lhes, noutros termos, poderes para desempenhar papel de vulto na federação brasileira, sem lhes conferir, no entanto, meios financeiros à altura.

Essa conclusão, extraída da análise do sistema jurídico-constitucional, é corroborada pelos dados atinentes à arrecadação tributária. Do total da arrecadação de tributos, mais de dois terços correspondem a tributos federais. Pouco mais de um quarto corresponde a tributos estaduais, notadamente ao ICMS<sup>2</sup>.

Tal desequilíbrio poderia ser explicado pelo federalismo cooperativo estruturado pela Carta de 1988, em que os Estados (e também os Municípios) participam da arrecadação de impostos federais. No entanto, a partilha da arrecadação não tem se mostrado suficiente para os Estados desempenharem adequadamente as suas expressivas competências político-administrativas.

Daí a arguta advertência de Régis Fernandes de Oliveira, no sentido de que: “*hoje, o pacto fiscal está torto. Há manifesto desequilíbrio em favor da União*”<sup>3</sup>.

A análise do sistema de repartição das receitas tributárias esclarecerá essas ponderações.

### **3 MODALIDADES DE REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS**

#### **3.1 Repartição pela Fonte ou Pelo Produto**

Na sua tese de doutorado, intitulada “O equilíbrio financeiro no Estado Federal no seu significado jurídico-estatal” (*Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung*), Albert Hensel observou que há duas competências fundamentais concernentes à tributação: a “competência financeira sobre o objeto” (*Finanzobjekthoheit*) e a “competência sobre o produto” (*Ertragshoheit*). Significam respectivamente a competência

<sup>2</sup> Mais precisamente, a arrecadação dos entes políticos, considerado o ano de 2013, foi de 68,92% (União), 25,29% (Estados) e 5,79% (Municípios). Fonte: “Carga Tributária no Brasil – 2013 (Análise por Tributo e Bases de Incidência)”, elaborado pelo CETAD – Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

legislativo-tributária (de tributar um determinado fato jurídico ou econômico e de regular o tributo correlato) e o direito sobre as receitas provenientes da imposição, direito esse cujo objeto pode ser tanto as receitas de tributos próprios quanto as receitas de tributos de outrem<sup>4</sup>.

Vista sob a ótica da repartição de receitas, essa divisão de competências é denominada discriminação das rendas tributárias pela *fonte* ou pelo *produto*<sup>5</sup>. Aquela corresponde à repartição das receitas mediante a outorga da competência tributária, com a autorização de tributação das fontes econômicas de que elas provirão, a qual implica, em princípio, o pleno direito de cobrar e utilizar os recursos correspondentes; esta, à repartição mediante a outorga, a ente diverso do titular da competência impositiva, de um direito ao repasse de parcela das receitas arrecadadas. Naquela, atribui-se um *poder* (de tributar); nesta, confere-se um *direito* (ao resultado da tributação), opoável ao titular do poder impositivo.

Cabe ressaltar que a *regra* é a de que a competência sobre o produto (o direito à receita financeira) cabe ao titular da competência sobre o objeto (a competência tributária). Porém, é possível que a receita seja partilhada com outro ente político – ou até mesmo que lhe seja destinada integralmente, não tocando receita alguma ao titular da competência impositiva<sup>6</sup>.

Dita partilha é denominada *repartição das receitas tributárias*. Trata-se de técnica adotada constitucionalmente desde a Carta de 1934<sup>7</sup>, seguida, sempre com alterações, em movimentos centrípetos ou centrífugos, pelas cartas constitucionais que a sucederam. Essa modalidade de financia-

---

<sup>4</sup> HENSEL, Albert. **Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung**. Berlim: Otto Liebmann, 1922. p. 20.

<sup>5</sup> Cfr., entre outros, MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Sistema tributário da Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 205.

<sup>6</sup> É o caso do ITR, se fiscalizado e cobrado pelo Município, nos termos do art. 158, II, *in fine*, c/c o art. 153, § 4º, III, ambos da Constituição da República. Caso não o seja, o Município receberá 50% dos recursos, consoante a regra do art. 158, II, primeira parte, da CRFB.

<sup>7</sup> Determinava-se a repartição das receitas do antigo imposto de indústrias e profissões, nestes termos: “O imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e pelo Município em partes iguais” (art. 8º, § 2º). Os novos impostos também deveriam ter a sua receita distribuída, desta feita entre todos os entes da federação: “Art 10 – Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] VII – criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente. Parágrafo único – A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo Governo federal, que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios”.

mento assumiu importância tal que a Emenda Constitucional 18/65, ao reestruturar o sistema tributário nacional, dedicou um capítulo específico à regulação “Das Distribuições de Receitas Tributárias” (Capítulo V). Inovação que foi seguida pela Constituição de 1988, ao dedicar um tópico específico à partilha das receitas tributárias, nomeadamente a Seção VI do Capítulo I do Título VI da Carta Política, intitulada precisamente “Da Repartição das Receitas Tributárias”.

No centrípeto federalismo fiscal brasileiro, a repartição das receitas tributárias tradicionalmente ocorre a favor dos entes federativos de âmbito territorial mais restrito (“entes subnacionais”), ou seja, da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; e dos Estados para os Municípios. A União não possui direito ao produto da arrecadação de tributos dos demais entes políticos; e os Municípios não são obrigados a repassar parcela da arrecadação dos seus tributos a outros entes.

Tal contexto evidencia que a União se financia, de forma plena, mediante a cobrança de tributos de competência própria, de modo que tem inteira autonomia para graduar os seus tributos e, conseqüentemente, para determinar a sua arrecadação. Os Estados financiam-se com recursos de tributos próprios e com repasses federais, sendo que a arrecadação dos seus impostos (com destaque para o ICMS) deve exceder as suas necessidades financeiras, justificando a previsão constitucional de repasse aos Municípios. Logo, teriam condições de graduar significativamente a sua carga tributária e, assim, equilibrar os seus orçamentos, se não existissem entraves específicos, de caráter jurídico, político e econômico, como o teto de 8% para as alíquotas do ITCD<sup>8</sup>, a guerra fiscal entre os Estados e o peso da carga tributária nacional, que avança sobre as raíças do confisco. Os Municípios, por outro lado, titularizam impostos com baixo poder arrecadatório, sofrem severas limitações à majoração da sua carga tributária (a exemplo do teto de 5% para as alíquotas do ISS)<sup>9</sup> e, conseqüentemente, dependem, em larga medida, dos repasses federais e estaduais.

### 3.1.1 Repercussão na autonomia financeira

Não há dúvida acerca da competência que promove, de forma ótima, a autonomia financeira das pessoas constitucionais: a competência de tributar, instituindo, majorando, desonerando e, eventualmente, revogando tributos próprios.

<sup>8</sup> Conforme o art. 1º da Resolução 9/92, do Senado Federal.

<sup>9</sup> Art. 8º, II, da Lei Complementar 116/03.

A competência sobre o produto, ou melhor, o direito à participação nas receitas arrecadadas por outros entes propicia, de fato, recursos financeiros aos entes destinatários, porém não lhes permite incrementar, em momentos de déficit, a sua arrecadação, para equilibrar as suas finanças. Ademais, sujeita-os aos reflexos das políticas tributárias adotadas pelo ente titular da competência impositiva, que pode, em tempos de crise, desonerar certos segmentos ou certas operações econômicas até mesmo frente a tributos sujeitos à repartição de receitas, reduzindo, por consequência, a receita total, sobre a qual serão calculados os montantes a serem repassados.

Por vezes, são precisamente esses os tributos escolhidos para instrumentalizar políticas econômicas anticíclicas, mediante a redução temporária da carga tributária, o que repercute, de forma direta, nos titulares do direito à participação na arrecadação.

Para avançar no exame dessa problemática, primeiramente devem ser enfocadas as regras que consubstanciam o sistema constitucional de repartição das receitas tributárias.

## 4 REGRAS CONSTITUCIONAIS DE REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

### 4.1 Impostos

As regras fundamentais acerca da repartição, pela outorga de competência impositiva (ou seja, pela *fonte*), das receitas de impostos constam nas Seções III (“Dos Impostos da União” – arts. 153 a 154), IV (“Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal” – art. 155) e V (“Dos Impostos dos Municípios” – art. 156) do capítulo constitucional destinado à regulação do “Sistema Tributário Nacional” (Capítulo I do Título VI, intitulado “Da Tributação e do Orçamento”).

Na Seção VI (“Da Repartição das Receitas Tributárias” – arts. 157 a 162), figuram as normas pertinentes à repartição do produto da arrecadação.

Esta tabela expressa tais regras, considerando a sua respectiva base econômica:

Repartição Constitucional das Receitas de Impostos			
Base econômica	Imposto	Titular da competência tributária	Repartição da arrecadação
Comércio exterior	I.I.	União	Não há
	I.E.	União	Não há
Renda	IR	União	Fundos: 49% são destinados da

			seguinte forma: 21,5% ao Fundo de Participação dos Estados – FPE; 24,5% ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM; 3% a programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 159, I). A totalidade do IRRF sobre os rendimentos pagos pelos Estados ou Municípios, suas autarquias ou fundações cabe ao ente que o reter (arts. 157, I, e 158, I).
Operações financeiras	IOF	União	Não há, salvo quando incidente sobre o ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial (IOF – Ouro, art. 153, § 5º)
Propriedade	ITR	União	50% aos Municípios, cabendo-lhes a integralidade (100%) se fiscalizarem e cobrarem (art. 158, II).
	IPVA	Estados	50% aos Municípios (art. 158, III)
	IPTU	Municípios	Não há
Transmissão da propriedade	ITCD	Estados	Não há
	ITBI	Municípios	Não há
Produção e circulação de bens e serviços	IPI	União	Fundos: 49% são destinados da seguinte forma: 21,5% ao FPE; 24,5% ao FPM; 3% a programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (art. 159, I). IPI-EX: 10% adicionais são destinados aos Estados, conforme exportações de produtos industrializados (art. 159, II)
	ICMS	Estados	25% aos Municípios (art. 158, IV)
	ISS	Municípios	Não há
Residual	Novos impostos	União	20% aos Estados e ao DF (art. 157, II)

## 4.2 Contribuições Especiais

Não se pode olvidar das contribuições especiais, cuja representatividade no orçamento federal é expressiva. Corresponde a quase *dois terços*

das receitas tributárias. Pouco mais de um terço corresponde à receita de impostos e taxas, sendo que aproximadamente metade desse montante deve ser repassada aos Estados e aos Municípios<sup>10</sup>.

Eis as regras de competência relativas a contribuições especiais:

<b>Competências para a cobrança de contribuições especiais</b>		
<b>Espécie</b>	<b>Titular da competência tributária</b>	<b>Repartição da arrecadação</b>
Contribuições sociais	União	Não há
Contribuições de intervenção no domínio econômico	União	Não há, ressalvada a CIDE-Combustíveis <sup>11</sup>
Contribuições corporativas	União	Não há <sup>12</sup>
Contribuições de seguridade social	União	Não há
Contribuições previdenciárias	União <sup>13</sup>	Não há

Diante dessas regras, compreende-se a predileção da União pelo financiamento mediante os recursos das contribuições especiais, com destaque para a COFINS, cuja arrecadação correspondia em 1992 a 1% do PIB<sup>14</sup> e, no ano de 2013, já representava carga tributária superior a 4% do PIB<sup>15</sup>.

Compreendem-se, por outro lado, os efeitos deletérios das políticas federais de desonerações centradas no Imposto de Renda e no Imposto sobre Produtos Industrializados, cujas receitas são repartidas, em larga medida, com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

<sup>10</sup> Demonstrativo da receita corrente líquida relativo ao período de maio de 2014 a abril de 2015. Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/receita-corrente-liquida>>. Acesso em: 13 jul. 2015. A receita das contribuições corresponde a R\$ 682 bilhões. A receita tributária (sem contribuições) é de R\$ 410 bilhões, da qual é deduzida a quantia de R\$ 222 bilhões, relativa às transferências constitucionais e legais.

<sup>11</sup> Art. 159, III e § 4º, da CRFB.

<sup>12</sup> Os recursos são destinados às instituições correlatas, como os conselhos de fiscalização profissional, as confederações, os sindicatos, etc.

<sup>13</sup> Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios só possuem competência para cobrar a contribuição previdenciária de seus servidores (art. 149, § 1º, da CRFB).

<sup>14</sup> Mais precisamente: 1,01%. Fonte: “Carga Tributária no Brasil – 1995”, citada na nota 1.

<sup>15</sup> Para ser exato: 4,08%. Fonte: “Carga Tributária no Brasil – 2013”, citada na nota 1.

## 5 DESONERAÇÕES DE IMPOSTOS PARTILHADOS E CÁLCULO DOS REPASSES

### 5.1 Política Federal de Desonerações Centradas em Impostos Partilhados

A recente política de desoneração do setor automotivo é um caso emblemático das desonerações federais que abalam as finanças estaduais e municipais: para estimular esse segmento econômico combatido pela crise mundial de 2008 (crise do *subprime*), o Governo Federal reduziu, total ou parcialmente, as alíquotas do IPI<sup>16</sup>, cujas receitas são, como visto, destinadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em percentual que soma 59%<sup>17</sup>; porém, não alterou as alíquotas da COFINS e da contribuição ao PIS, cuja arrecadação não é partilhada com os outros entes da federação.

Além dos veículos automotores, a desoneração do IPI estendeu-se aos eletrodomésticos da linha branca, aos materiais de construção e aos bens de capital<sup>18</sup>. Houve, ademais, a desoneração do Imposto de Renda da Pessoa Física, com a criação das alíquotas intermediárias de 7,5% e 22,5%<sup>19</sup>, afetando sensivelmente as finanças dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>20</sup>.

A repercussão dessas desonerações nas finanças dos Municípios foi tal que a União se viu compelida a prestar-lhes apoio financeiro, comprometendo-se a entregar-lhes “*valor correspondente à variação nominal negativa*” entre os montantes creditados a título do FPM nos exercícios de 2008 e 2009.

Ademais da questão político-financeira, há a celeuma constitucional. Seria legítima a dedução dos incentivos fiscais, estabelecidos unilateralmente pelo ente titular da competência tributária, do montante a ser partilhado?

### 5.2 O Conceito de “Produto da Arrecadação”

A controvérsia gravita especificamente sobre a interpretação de uma expressão central do sistema constitucional de repartição das receitas

---

<sup>16</sup> Decretos 6.687/08 e 6.743/09.

<sup>17</sup> Cabe registrar que a perda da arrecadação com o IPI não foi compensada pelo recolhimento dos demais tributos, consoante comprovou estudo realizado pelo IPEA: “*Nota técnica: Impactos da Redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) de Automóveis*”. Disponível em: <<http://ipea.gov.br>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

<sup>18</sup> Decretos 6.825 e 6.890, ambos de 2009.

<sup>19</sup> Art. 15 da Medida Provisória 451/08, convertida na Lei 11.945/09.

<sup>20</sup> Art. 1º da Medida Provisória 462/09, convertida na Lei 12.058/09.

tributárias, nomeadamente a expressão “produto da arrecadação”, utilizada pelos arts. 157, 158 e 159 da Constituição da República para indicar o montante a ser partilhado com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, *in verbis*:

## **SEÇÃO VI**

### **DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS**

**Art. 157.** *Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:*

*I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;*

*II – vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.*

**Art. 158.** *Pertencem aos Municípios:*

*I – o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;*

*II – cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados;*

*II – cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003) (Regulamento)*

*III – cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;*

*IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.*

[...]

**Art. 159.** *A União entregará:*

*I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: (Vide Emenda Constitucional 17, de 1997)*

*I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional 55, de 2007)*

*I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e*



nove por cento), na seguinte forma: [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional 84, de 2014)

*II – do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. (Regulamento)*

*III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, vinte e cinco por cento para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que refere o inciso II, c, do referido parágrafo. (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 2003)*

*III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inc. II, c, do referido parágrafo. (Redação dada pela Emenda Constitucional 44, de 2004)*

O conteúdo semântico da expressão é claro: “produto da arrecadação” designa a totalidade das receitas provenientes da cobrança de tributos e acessórios, independentemente da forma de quitação do crédito fazendário (pagamento, compensação, conversão em renda, etc.). Créditos caducos ou prescritos não geram arrecadação. Desonerações tributárias tampouco.

A despeito da clareza da expressão constitucional e da sua singular importância para a federação, o Supremo Tribunal Federal jamais especificou, por completo, o seu alcance. Já esclareceu que “produto da arrecadação” concerne à arrecadação bruta, sem a possibilidade de abatimento das despesas de fiscalização e arrecadação<sup>21</sup>, abrangendo até mesmo os acréscimos moratórios e punitivos<sup>22</sup>. Porém, não definiu se desonerações tributárias devem ser levadas em consideração para o cálculo dos valores a serem repassados aos Estados, ao Distrito Federal e/ou aos Municípios, o que constitui o Tema 653 da sistemática da repercussão geral<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> O entendimento foi cristalizado na Súmula 578 do STF: “*Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do Imposto de Circulação de Mercadorias, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal*”. Na ementa do RE 97.395, refere-se que “*produto da arrecadação é tudo quanto foi arrecadado, sem qualquer dedução, não autorizada pela Constituição*” (STF, Pleno, Rel. Min. Alfredo Buzaid, j. em 09.12.1982). Cfr., ainda, STF, Pleno, RE 108.174, Rel. Min. Carlos Madeira, j. em 04.11.1987.

<sup>22</sup> Cfr. STF, Pleno, RE 82.102, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 07.10.1976; STF, 2ª T., RE 111.094, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 16.02.1993.

<sup>23</sup> Eis o seu enunciado: “*Valor devido pela União ao Fundo de Participação dos Municípios, relativamente aos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, em face de benefícios e incentivos fiscais concedidos em rela-*

Ao enfrentá-lo, o Supremo Tribunal Federal deverá considerar a orientação firmada, no regime da repercussão geral, quanto a programa estadual de incentivos fiscais<sup>24</sup>, no sentido de que o financiamento estatal do valor relativo ao ICMS não pode afetar a repartição das receitas tributárias constitucionalmente deferidas aos Municípios. Eis a ementa do *leading case*:

**Constitucional. ICMS. Repartição de rendas tributárias. Prodec. Programa de incentivo fiscal de santa catarina. Retenção, pelo estado, de parte da parcela pertencente aos municípios. Inconstitucionalidade. Re desprovido.** I – *A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios.* II – *O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual.* III – *Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.* IV – *Recurso extraordinário desprovido*<sup>25</sup>.

A despeito da relevância desse precedente e dos termos do debate travado, não será surpreendente se, ao apreciar o *leading case* acerca da repercussão das desonerações de impostos federais (Tema nº 653), o STF não demonstrar rigor idêntico, proclamando a legitimidade da dedução das desonerações tributárias.

## 6 BURLA AO DIREITO CONSTITUCIONAL À REPARTIÇÃO DA RECEITA DE NOVOS IMPOSTOS

Como referido, os Estados e o Distrito Federal têm direito a 20% da receita dos novos impostos, instituídos com base na competência residual

---

*ção a esses mesmos impostos*”. O *leading case* é o RE 705.423, cuja repercussão geral foi reconhecida em 09.05.2013.

<sup>24</sup> Trata-se do Tema 42 da repercussão geral: “Retenção de parcela do produto da arrecadação do ICMS, pertencente aos Municípios, em razão da concessão de incentivos fiscais pelo Estado-membro”.

<sup>25</sup> STF, Pleno, RE 572.762, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18.06.2008. Os termos da ementa – e do tema correlato da repercussão geral – indicam tratar-se de programa de incentivo fiscal. Contudo, o julgamento não envolvia incentivo efetivamente tributário. Não se tratava, especificamente, de diferimento da incidência ou da cobrança do tributo, senão de sistemática, inserida no contexto da guerra fiscal, de financiamento do valor relativo ao ICMS. Com efeito, o PRODEC, regulado pela Lei Estadual 11.345/00, consiste no financiamento de percentual pré-determinado sobre o valor do ICMS. O Ministro Cezar Peluso explicou a sua dinâmica contábil com clareza: “o ICMS entra na contabilidade do Estado. O Estado tira o dinheiro, repassa-o para o FADESC e este o repassa à empresa” (RE 572.762). No mesmo sentido do RE 572.762, conferir, entre outros: STF, 2ª T., RE 495.576 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 11.11.2008.

prevista no art. 154, I, da Carta de 1988, por força da regra de repartição inscrita no art. 157, II.

No entanto, jamais receberam repasse algum em virtude desta regra. Isso porque a União nunca criou novos impostos com fulcro no art. 154, I, da Constituição da República.

Não se está a afirmar, vale ressaltar, que a União nunca criou novos impostos, senão que ela nunca os criou com fundamento na regra de competência residual em apreço.

De fato, diversos tributos federais foram criados, sem que a União partilhasse o produto da arrecadação com os Estados e o Distrito Federal. Para tanto, lançou mão de novas competências, criadas por emendas constitucionais, ou da ampla competência que possui para instituir contribuições especiais, cujos recursos, não raro, são desviados para financiar despesas que deveriam ser pagas com a arrecadação de impostos.

## 6.1 Criação de Novas Competências

O IPMF constitui um exemplo elucidativo da burla ao direito constitucional à repartição da receita de novos impostos mediante a criação de regras de competência.

Ao invés de se exercer a regra de competência residual do art. 154, I, da CRFB, optou-se por criar nova competência, inexistente no regime constitucional original, por meio da edição da Emenda Constitucional 3/93. Tal procedimento permitiu à União se esquivar dos requisitos da competência residual para a criação de impostos e da distribuição de 20% do produto da arrecadação dos novos impostos aos Estados e ao Distrito Federal.

Questionou-se a legitimidade da criação dessa nova competência impositiva, sob a alegação de violação do art. 154, I da Constituição da República<sup>26</sup> mas a tese não sensibilizou a Suprema Corte.

Ademais, exaurida a competência temporária para a cobrança do IPMF, sobreveio a Emenda Constitucional 12/1996, autorizando a sua reedição, desta feita sob a roupagem de contribuição (a CPMF), destinada a financiar ações e serviços de saúde. Alegou-se novamente violação do art. 154, I, da Constituição Federal, porém a tese não prosperou<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Vide: STF, Pleno, ADI 926 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 01.09.1993. A alegação, porém, centrou-se no caráter cumulativo do imposto, e não no princípio federativo. Cfr. a fl. 162 do processo.

<sup>27</sup> STF, Pleno, ADI 1.497 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.10.1996.

## 6.2 Cobrança de Contribuições Desnecessárias

A outra modalidade de burla ao direito constitucional à repartição da receita de novos impostos, anteriormente referida, envolve a cobrança de contribuições desnecessárias, que apresentam, no todo ou em parte, feições de impostos, dada a sua desafetação finalística.

### 6.2.1 Contribuições parcialmente desafetadas

A assunção de feições de impostos ocorre com todas as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico<sup>28</sup>, cujos recursos são parcialmente desvinculados das suas finalidades próprias, no percentual de 20%, por força do artifício jurídico-contábil alcunhado de Desvinculação de Receitas da União – DRU –, atualmente regido pelo art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

*Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31.12. 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. (Redação dada pela Emenda Constitucional 68, de 2011).*

*§ 1º O disposto no caput não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma do § 5º do art. 153, do inciso I do art. 157, dos incisos I e II do art. 158 e das alíneas a, b e d do inciso I e do inc. II do art. 159 da Constituição Federal, nem a base de cálculo das destinações a que se refere a alínea c do inciso I do art. 159 da Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional 68, de 2011).*

*§ 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o caput a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional 68, de 2011).*

Por força da DRU, os recursos das contribuições especiais podem ser utilizados como se fossem provenientes da arrecadação de impostos, o que impele a União a cobrar valores excessivos, desnecessários para o atingimento das finalidades que justificam a sua instituição, a fim de utilizá-los para financiar despesas gerais e, inclusive, para custear o serviço da dívida pública.

O exemplo da COFINS é elucidativo. Estima-se que a contribuição arrecadará R\$ 224 bilhões em 2015, sendo que, por força da DRU, R\$ 45 bi-

<sup>28</sup> Salvo a contribuição do salário-educação.

lhões são desafetados para serem utilizados como receita advinda de impostos<sup>29</sup>. Nada será partilhado com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Esse procedimento abala sensivelmente o equilíbrio federativo. Porém, não mereceu a devida reprovação da Suprema Corte, seja no âmbito tributário, seja na seara da repartição das receitas tributárias.

O Tribunal Pleno negou o direito de os contribuintes impugnarem a DRU, sustentando que eventual inconstitucionalidade da desvinculação das receitas das contribuições não implicaria o seu direito à restituição do montante correspondente ao percentual desvinculado<sup>30</sup>.

De outro lado, ao apreciar recurso extraordinário interposto em ação movida por Município contra a União, na qual se postulava a repartição de 20% da CSLL desvinculada da sua finalidade típica, com fulcro na regra do art. 159, I, *b*, da Carta de 1988, a Primeira Turma proclamou, categoricamente, que a desvinculação parcial da receita da União (DRU) “não transforma as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico em impostos” e, por consequência, não repercute na apuração do Fundo de Participação dos Municípios<sup>31</sup>.

## 6.2.2 Contribuições afetadas a finalidades exauridas

Há, outrossim, contribuições cuja finalidade já se exauriu, mas que persistem a ser cobradas.

É o que se verifica com a contribuição de que trata o art. 1º da Lei Complementar 110/01, devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de 10% sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Essa contribuição foi instituída, conjuntamente com a de que trata o art. 2º da lei complementar citada, para financiar exclusivamente “*o crédito, nas contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, dos complementos de atualização monetária decorrentes de decisão do Supremo Tribunal Federal*”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Segundo a estimativa constante no “Demonstrativo da Desvinculação das Receitas da União – DRU” no PLOA-2015.

<sup>30</sup> STF, Pleno, RE 566.007, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 13.11.2014. O julgamento versou sobre questão preliminar ao Tema 277 da sistemática da repercussão geral, enunciado nestes termos: “*Desvinculação do produto de arrecadação de contribuições sociais da União por Emenda Constitucional*”.

<sup>31</sup> STF, 1ª T., RE 793.564 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.08.2014.

<sup>32</sup> Exposição de motivos – Mensagem 291, de 2001, Diário do Senado Federal 74, publicado em 01.06.2001, p. 10821.

No entanto, a necessidade financeira que justificou a instituição da contribuição exauriu-se há muito tempo – e o Governo Federal optou por continuar cobrando-a, para financiar outras atividades, completamente alheias à razão que justificou a sua criação.

Esse quadro restou tão evidente que o Congresso Nacional aprovou um projeto de lei complementar (198/07) para estabelecer, de forma expressa, um termo final para a cobrança da contribuição, mas a Presidente da República o vetou, alegando que os recursos seriam necessários para financiar outras atividades estatais, como o Programa Minha Casa, Minha Vida<sup>33</sup>.

Trata-se de mais um imposto federal dissimulado, que, além de carecer de fundamento constitucional, não é partilhado com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

### 6.3 Cobrança de Taxas Excessivas

A exemplo da cobrança de contribuições desnecessárias, outra forma de burla ao direito à repartição das receitas de novos impostos consiste na cobrança de taxas excessivas, as quais, no que sobejam o necessário ao custeio da atividade estatal correlata, assumem feições de impostos.

Exemplo paradigmático é o da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, instituída pelo art. 3º da Lei 9.716/1998. A taxa é devida no registro da declaração de importação (§ 1º), e os seus recursos são destinados ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF.

Essa destinação sequer se afigura apropriada para uma taxa, porquanto a sua arrecadação deve limitar-se a custear a atividade estatal que justifica a sua cobrança (o exercício do poder de polícia sobre as operações de importação) e o FUNDAF financia diversas outras atividades da Administração Tributária Federal<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Mensagem 301, de 23.07.2013, publicada no DOU de 25.7.2013.

<sup>34</sup> O FUNDAF foi instituído pelo art. 6º do Decreto-Lei 1.437, de 17.12.1975, *in verbis*: “**Art 6º** Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF, destinado a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais. Parágrafo único. O FUNDAF destinar-se-á, também, a fornecer recursos para custear: (Incluído pela lei nº 9.532, de 1997) a) o funcionamento dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superi-

Ademais, o valor da Taxa de Utilização do SISCOMEX sofreu reajustes exorbitantes, muito superiores à “variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX”, à qual deveria corresponder, por força do art. 3º, § 2º, da Lei 9.716/1998. Tais reajustes foram orientados pela Nota Técnica Conjunta 2, de 06.04.2011<sup>35</sup>, que considerou os custos de todo o “parque tecnológico da RFB”. Além de financiar despesas estranhas à atividade estatal que embasa a sua cobrança, a taxa em apreço tem arrecadado valores muito superiores aos necessários para tanto: entre 2009 a 2012, a arrecadação passou de R\$ 103 milhões para R\$ 644 milhões de reais, ao passo que o custo de operação e investimento de todo o parque tecnológico da RFB era, no período, inferior a R\$ 120 milhões<sup>36</sup>.

O desvirtuamento da taxa é manifesto, a ponto de configurar verdadeiro imposto dissimulado.

## 7 CONCLUSÕES

Não há equilíbrio no federalismo fiscal brasileiro. Não há equilíbrio sequer entre as competências político-administrativas atribuídas às pessoas constitucionais e as respectivas fontes de financiamento.

Inúmeros fatores contribuem para o desequilíbrio, a iniciar pela estruturação centrípeta do federalismo fiscal pátrio, que abre ensejo a práticas pouco solidárias – e, por vezes, sub-reptícias – dos entes centrais, titulares das competências para tributar as mais profícuas bases econômicas.

De fato, as competências tributárias deferidas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios são notoriamente insuficientes para financiar as suas atividades. A insuficiência dessas competências não é fruto de um descuido dos constituintes, senão da escolha por um modelo de federalismo

---

*or de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, inclusive o pagamento de despesas com diárias e passagens referentes aos deslocamentos de Conselheiros e da gratificação de presença de que trata o parágrafo único do art. 1º da Lei 5.708, de 04.10.1971; (Incluída pela Lei 9.532, de 1997) b) projetos e atividades de interesse ou a cargo da Secretaria da Receita Federal, inclusive quando desenvolvidos por pessoa jurídica de direito público interno, organismo internacional ou administração fiscal estrangeira. (Incluída pela Lei 9.532, de 1997).*

<sup>35</sup> Elaborada pelos seguintes setores técnicos da Receita Federal do Brasil: Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (Cotec), Coordenação-Geral de Programação e Logística (Copol) e Coordenação-Geral de Administração Aduaneira (Coana).

<sup>36</sup> Cfr. TRF4, 2ª Turma, AC 5009893-06.2014.404.7205, relator p/ Acórdão Rômulo Pizzolatti, juntado aos autos em 27/05/2015, precedente no qual se reconheceu a ilegalidade da majoração da taxa, com base nos dados referidos. Lê-se na ementa: “É excessivo o reajuste aplicado aos valores da taxa de utilização do SISCOMEX pela Portaria MF 257, de 2011, cabendo a glosa de tal excesso”.

fiscal centrípeto, que, pressupondo-a, conjuga duas modalidades de financiamento dos entes subnacionais: pela *tributação da fonte* da receita, ou seja, mediante a cobrança de tributos próprios (repartição das receitas pela *fonte*); e pela *participação no produto da arrecadação* de tributos cobrados pelos entes centrais (repartição das receitas pelo *produto*).

O problema é que esse modelo de financiamento dos entes periféricos, assentado em repasses do produto da arrecadação de tributos de competência alheia, não promove adequadamente a sua autonomia financeira, fazendo com que o seu equilíbrio orçamentário dependa, em larga medida, de decisões político-tributárias tomadas por terceiros. Os Estados e o Distrito Federal ficam à mercê da política tributária da União; e os Municípios, à mercê da política tributária da União e dos Estados.

E a dependência financeira pode implicar a penúria, sobretudo quando não há solidariedade dos entes centrais. É o que sucede quando a União opta por não exercer competências que implicam a obrigação de partilhar o produto da arrecadação, em particular a competência residual para a criação de novos impostos (art. 154, I, da CRFB). É o que ocorre quando se estabelecem políticas de desoneração tributária centradas em impostos partilhados, haja vista que o cálculo dos montantes a serem repassados aos Estados e aos Municípios se pauta pelo conceito de “produto da arrecadação”, o qual não engloba valores que deixaram de ser cobrados por força de incentivos tributários. É o que se verifica quando se exigem contribuições e taxas que constituem, no todo ou em parte, verdadeiros impostos dissimulados, seja porque a finalidade que justificava a sua cobrança já se exauriu por completo (caso da contribuição do art. 1º da LC 110/01), seja porque são cobradas em patamares excessivos, manifestamente desnecessários para financiar as suas finalidades próprias (o que se verifica com todas as contribuições sujeitas à DRU).

É necessário repensar o pacto federativo, promovendo-se a autonomia financeira dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que deve principiar pela assunção de responsabilidade por parte da União, porquanto, como preleciona Heleno Torres, “*se os poderes convergem para a unidade central do federalismo, este ente assume a responsabilidade pelo financiamento dos entes periféricos, pelo princípio de cooperação mútua (o que chamamos de ‘financiamento centrífugo’)*”<sup>37</sup>.

Não se trata, vale notar, de sugestão política, senão de determinação da Carta Constitucional, que, além de garantir a autonomia de todos os entes federativos (art. 18, *caput*), atribui ao Senado Federal o encargo de

---

<sup>37</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244.



avaliar periodicamente “a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional” e o desempenho das administrações tributárias (art. 52, XV, incluído pela EC 42/03) e, obviamente, de propor as reformas necessárias à concretização da equidade vertical na nossa federação.

## 8 REFERÊNCIAS

HENSEL, Albert. **Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung**. Berlim: Otto Liebmann, 1922. p. 20.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Sistema tributário da Constituição de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 205.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 111.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244.



# PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E RESTRIÇÕES FISCAIS

*Betina Treiger Gruppenmacher<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os Serviços Públicos Objeto dos Contratos De Parcerias Público-Privadas; 3. Restrições Fiscais Aplicáveis aos Contratos de PPPs; 4. Conclusão; 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

As Parcerias Público-Privadas – PPPs foram criadas pela Lei 11.079/04 e são categorias de contrato de concessão de serviços públicos ou de obras e podem ser de duas espécies: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas.

Estão assim definidas no art. 2º do referido diploma legal:

*Art. 2º – Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.*

*§ 1º – Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*

*§ 2º – Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.*

*§ 3º – Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*

Conforme se extrai da interpretação do texto normativo aqui reproduzido, na concessão patrocinada, o parceiro privado recebe contraprestação

---

<sup>1</sup> Advogada. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora pela Universidade Federal do Paraná, e professora associada de Direito Tributário da mesma universidade.

de natureza pecuniária do parceiro público, além da tarifa cobrada do usuário. O aporte financeiro de natureza pública se destina a custear – adicionalmente à cobrança de tarifas do usuário – a prestação de serviços e, quando necessário, realizar investimento imprescindível a esta. Já na concessão administrativa, a prestação de serviços realizada pelo parceiro privado destina-se, com exclusividade, a atender à Administração Pública, em razão do que poderá envolver a execução de obra ou o fornecimento e a instalação de bens, com vistas à prestação de serviços ao parceiro público.

Segundo estabelece a regra do § 3º, a prestação de serviço público ou a execução de obra podem ser objeto de contratos comuns de concessão, o que, como consequência, impede que lhes sejam aplicadas as regras atinentes aos contratos de PPPs.

Ambas as espécies de contratos de PPPs envolvem aportes financeiros públicos destinados à prestação de serviços pelo parceiro privado e podem demandar a execução de obras, as quais serão sempre um meio para a consecução do fim contratual e imprescindíveis para a obtenção dos respectivos resultados. Diante de tais circunstâncias, pensamos que os recursos incorridos nos contratos de PPPs têm natureza subvencional, inserindo-se na condição de despesas correntes e submetendo-se às restrições fiscais impostas pela Lei 11.079/04, pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, pela Portaria STN 614/06, além da Lei 4.320/64, que disciplina a matéria orçamentária.

Embora seja essa a nossa compreensão sobre o tema, conforme procuraremos demonstrar, a matéria não é pacífica, haja vista que a Lei 11.079/04, instituidora dos contratos de PPPs, e a Portaria STN 614/06, que a regulamentou, não qualificam a contraprestação do parceiro público como sendo despesa corrente ou operação de crédito, o que é de todo relevante para fins de identificação das restrições fiscais aplicáveis a uma ou a outra categoria.

É nesse sentido que buscaremos, por meio da interpretação sistemática dos instrumentos normativos disciplinadores da matéria, categorizar a contrapartida do parceiro público.

## **2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS OBJETO DOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Os serviços cuja exploração é concedida ao parceiro privado não são aqueles de prestação exclusiva do Estado, mas os que se inserem na acepção lata de serviço público.

Leon Duguit (1913), precursoramente, propôs a definição de serviço público e, desde então, o tema se mantém em discussão e assume diferentes conotações nos diversos sistemas jurídico-positivos.

Partindo das ideias de Duguit (1913), os doutrinadores brasileiros buscaram construir o conceito e a definição<sup>2</sup> de serviço público, como se verifica, por exemplo, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instruído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. (MELLO, 1973, p. 01.)*

A Constituição Federal, em seu art. 175, inc. IV<sup>3</sup>, garante o direito fundamental ao serviço público adequado. No entanto, o que a experiência tem demonstrado é que o Estado não observa tal garantia com efetividade.

Diante da ineficiência do Poder Público na prestação direta de serviços, sobretudo em relação àqueles considerados essenciais, as concessões e as permissões se apresentam como a mais eficiente solução, estando previstas como tal no *caput* do art. 175 da Constituição Federal.

Diante do incremento do número de contratos de concessão e permissão de serviços públicos, faz-se necessária a criação de mecanismos reguladores da atividade do particular, haja vista estar este, por delegação, desempenhando funções que, na sua essência, são de natureza pública.

Segundo ensina Marçal Justen Filho:

*(...) serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 727.)*

---

<sup>2</sup> Merece destaque a distinção entre o ato de conceituar e o de definir. Embora na literatura, de forma geral, e na doutrina jurídica, de forma especial, os termos *conceito* e *definição* sejam muitas vezes empregados como sinônimos, gramaticalmente não têm o mesmo significado. “**Conceito** é a compreensão que alguém tem de uma palavra; noção, concepção, ideia. Já a **definição**, usualmente estabelecida em nível infraconstitucional, é a operação linguística que busca a determinação clara e precisa de um conceito ou de um objeto. Assim, a definição tem o condão de precisar os elementos genericamente estabelecidos no conceito”. (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 926.)

<sup>3</sup> **Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Há de se ressaltar que determinados serviços acometidos ao Estado pela Constituição Federal não perdem a natureza pública quando desempenhados pela iniciativa privada, como ocorre com as PPPs.

Leciona ainda Marçal Justen Filho que:

*O conceito de serviço público se integra pela presença de três aspectos.*

*Sob o ângulo material ou objetivo, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais de cunho essencial.*

*Sob o ângulo subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes).*

*Sob o ângulo formal, configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico público. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 727.)*

A natureza pública de uma prestação de serviço, qualquer que seja ela, não é estabelecida apenas pela determinação de quem é o titular da prestação, mas pela característica de ser necessária à observância de direitos fundamentais, o que se verifica, especialmente no que concerne àqueles que asseguram uma vida digna<sup>4</sup>.

Entre as características das PPPs estão: (a) a submissão geral ao regime da Lei 8.987/95; (c) a delegação de serviço público a um particular; (b) o compartilhamento de risco entre os parceiros, com benefícios diretos para o particular e indiretos para o Poder Público<sup>5</sup>; (d) a possibilidade de solução de controvérsias pela arbitragem;<sup>6</sup> (e) maior flexibilidade do processo licitatório; (f) gestão por sociedade de propósito específico – SPE constituída antes de que seja ultimado o contrato de parceria<sup>7</sup>; (g) duração do contrato de por, no mínimo, cinco e, no máximo, trinta e cinco anos, incluindo as prorrogações<sup>8</sup>; (h) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal<sup>9</sup>; e (i) sistema de garantias para as partes contratantes, sobretudo para o particular, haja vista a vultuosidade do investimento e o longo prazo de duração<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> A propósito leciona com absoluta propriedade Marçal Justen Filho: “*O serviço público é de titularidade do Estado, mas daí não segue que todos e qualquer serviço prestado pelo Estado seja ‘serviço público’.* Nem é correto (ao menos em parte no direito brasileiro) afirmar que o serviço se qualifica como público porque de titularidade do Estado. Ao contrário, o serviço público é de titularidade do Estado por ser público. Portanto, a atribuição da titularidade do Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico-jurídico, o serviço é público antes de ser estatal”. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 732.)

<sup>5</sup> *Idem*, p. 830.

<sup>6</sup> Lei 11.079/04, art. 11, inc. III.

<sup>7</sup> Lei 11.079/04, art. 9º e parágrafos.

<sup>8</sup> Lei 11.079/2004, art. 5º, inc. I.

<sup>9</sup> Lei 11.079/04, art. 8º, inc. I.

<sup>10</sup> Lei 11.079/04, art. 8º.

Os contratos de PPPs são mais benéficos do que aqueles atinentes a uma concessão comum, nos quais: (a) não há compartilhamento de riscos; (b) não há subvenção pública; (c) o contrato vigora por apenas cinco anos prorrogáveis por mais um; e (d) inexistem previsões de mecanismos particulares de solução de controvérsias e de garantias. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato de PPP é “muitíssimo mais benéfico” que aqueles regidos pela Lei 8.987/95, o que implica vedar a transformação de um contrato de concessão comum em um de PPP, “*sob pena de favorecimento e inconstitucional burla ao princípio da licitação*” (MELLO, 2013, p. 791).

Como exposto em linhas anteriores, uma das modalidades de PPPs é a concessão patrocinada, cujo parceiro público contribui com o aporte de capital para a prestação de serviço público e para a realização e manutenção de investimento, quando necessário ao bom desempenho da atividade-fim.

Tal modalidade de concessão se dá com o propósito de viabilizar a prestação dos serviços pelo parceiro privado, pois, muitas vezes, as tarifas cobradas dos usuários não cobrem os custos do investimento e os valores dispendidos com a respectiva prestação, o que inviabilizaria a assunção, pela iniciativa privada, de tarefa constitucionalmente acometida ao Poder Público.

Na concessão patrocinada, o parceiro privado recebe aporte financeiro para subvencionar sua atividade futura, trata-se de um auxílio para a consecução do objeto contratual.

A Lei 11.079/04, que estabeleceu o tratamento jurídico a ser dispensado às PPPs, não nominou ou qualificou a contrapartida do parceiro público e pensamos que não precisaria tê-lo feito. Embora não tenha utilizado o termo “subvenção” para qualificar os recursos em questão, não pode ser outra a compreensão se não a de que referidos recursos têm natureza subvencional, pois se destinam a auxiliar o parceiro privado no cumprimento dos seus deveres contratuais.

A subvenção está assim definida no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa: “*subsídio ou auxílio pecuniário, em geral conferido pelos poderes público: incentivo*” (HOUAISS, versão 2000).

É certo que, sendo uma subvenção, deve ser aplicada rigorosamente nas finalidades para as quais foi concebida e aprovada. A entidade privada, destinatária dos respectivos recursos, não desfruta de liberdade para decidir quanto à sua aplicação.

Diversamente de uma doação, cujo donatário pode dispor do produto doado da forma como melhor lhe aprouver, nas subvenções não há liberdade<sup>11</sup> na utilização dos recursos públicos, os quais “têm endereço certo”,

---

<sup>11</sup> MINATEL, 2008.

qual seja a execução e manutenção de investimentos necessários à prestação de serviços, ao particular nas concessões patrocinadas, e ao poder público nas concessões administrativas.

Este é um ponto de todo relevante para as conclusões às quais pretendemos chegar, após investigar a destinação, utilização e conseqüente contabilização dos valores recebidos do parceiro público nos contratos de PPPs.

Segundo disciplina a Lei 4.320/64, em seu art. 12, § 3º, as subvenções públicas são “*transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas*” e podem ser de dois tipos, as sociais e as econômicas<sup>12</sup>. As primeiras auxiliam o custeio de instituições privadas assistenciais ou culturais e as demais objetivam viabilizar investimentos, como pode ocorrer com aquelas intrínsecas aos contratos de PPPs.

O referido art. 12, § 1º, estabelece ainda que são consideradas despesas de custeio “*as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis*”.

Conforme se infere da interpretação sistemática dos dispositivos mencionados em linhas anteriores, a Lei 4.320/64, que disciplina a matéria orçamentária, não contempla ou prevê a figura da subvenção para investimento, pois, segundo define o legislador, as subvenções são auxílios estatais destinados a cobrir despesas de custeio, que são dotações direcionadas à manutenção de serviços já existentes ou a obras de conservação e adaptação. Não há, portanto, previsão de *subvenção para investimento* na Lei 4.320/64, o que poderia conduzir à prematura conclusão de que o sistema

---

<sup>12</sup> **Art. 12.** A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: DESPESAS CORRENTES-Despesas de Custeio-Transferências Correntes e DESPESAS DE CAPITAL-Investimentos-Inversões Financeiras-Transferências de Capital: § 1º. Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis. § 2º. Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado. § 3º. Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I – subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril. § 4º. Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.



não admite a sua existência e, nesse sentido, os aportes concedidos pelos parceiros públicos aos privados, no âmbito dos contratos de PPPs, não teriam natureza subvencional.

De fato, o legislador, ao editar a Lei 4.320/64, não contemplou a figura da subvenção para investimento, fê-lo apenas em relação à subvenção para custeio. Ocorre, no entanto, que à época da edição do referido diploma legal não existiam os contratos de PPPs, sendo este o argumento menos importante para justificar que, embora não previstas na legislação que disciplina as finanças públicas, as subvenções podem se destinar à realização de investimentos necessários à prestação de serviços.

Embora não se subsumam à definição de subvenção tal qual estabelecida na Lei 4.230/64, pois sua destinação não é apenas o custeio ou a manutenção de serviços públicos, mas também a realização de investimentos destinados à sua prestação, a contraprestação financeira do parceiro público nos contratos de PPPs reveste a natureza de auxílio de Estado, e de subvenção, portanto.

Não bastasse tal argumento para fundamentar nosso entendimento, não se pode afastar a natureza subvencional dos aportes financeiros das PPPs pelo só fato de inexistir previsão expressa de subvenção para investimento na Lei 4.320/64. A sua “não previsão” no ordenamento positivo, enquanto categoria jurídica específica, não impede o reconhecimento de sua existência de fato.

Por outro lado, as obras custeadas com os recursos que se consubstanciam na contrapartida do parceiro público, não integram o patrimônio do parceiro privado pois são bens reversíveis<sup>13</sup>. Em outro giro linguístico, embora os recursos em questão não se destinem a custear, segundo a dicção normativa, “serviços anteriormente criados” ou obras de conservação e adaptação, as obras necessárias à futura prestação de serviço público executadas por particulares inserem-se na condição de bens reversíveis, o que impõe a sua integração ao erário público após o encerramento do vínculo contratual.

---

<sup>13</sup> “*Esses bens privados podem ser distinguidos em dois grandes grupos. São os bens reversíveis e os não reversíveis. Os primeiros são aqueles que deverão integrar-se no domínio público ao final do contrato de concessão. Já os segundos serão utilizados pelo concessionário enquanto durar a concessão. Extinto o contrato, tais bens serão desafetados e o concessionário poderá promover o destino que bem lhe aprouver para eles*”. (JUSTEN FILHO, 2003. p. 265). “*Os bens privados afetados ou reversíveis: uma outra parcela de bens afetados ao serviço público concedido compreende aqueles adquiridos ou edificados pelo concessionário e que serão integrados ao patrimônio público ao fim da outorga. A transferência do domínio desses bens para o poder concedente depende da extinção da concessão de serviço público e da amortização dos custos pertinentes*” (JUSTEN FILHO, 2014. p. 780).

Por outro lado, a despeito de a Lei 4.320/64 não ter previsto a figura da subvenção para investimento, o Decreto 1.598/77 o fez, o que ampara o entendimento de que tal categoria jurídica existe no ordenamento positivo.

Ressaltamos uma vez mais que os recursos aportados pelo Poder Público na execução e manutenção de obras e na prestação de serviços devem necessariamente ser empregados na finalidade para a qual foram destinados, o que é regra geral para as subvenções públicas. Se os valores recebidos não forem integralmente utilizados, após o atendimento da referida finalidade, não poderão ser distribuídos a título de dividendos ou a qualquer título para os sócios a SPE, devem permanecer contabilizados como reserva de capital e serem devolvidos posteriormente ao Poder Público.

Assim, diante da circunstância de que o aporte financeiro feito pelo Poder Público nas PPPs tem natureza subvencional, se for efetivamente contabilizado como despesa corrente, deverá observar todas as restrições impostas pelas legislações fiscal e orçamentária.

### **3 RESTRIÇÕES FISCAIS APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE PPPS**

As PPPs sofrem restrições fiscais relacionadas fundamentalmente à contabilização dos recursos empregados como contrapartida do parceiro público, as quais são impostas pela própria lei instituidora dos referidos contratos, qual seja, a Lei 11.079/04, pela Lei de Responsabilidade Fiscal, pela Portaria STN 614/06 e pela Lei 4.320/64.

A qualificação das despesas incorridas com os contratos de PPPs é de fundamental importância para fins de contabilização e avaliação das conseqüentes restrições fiscais.

Sendo certo que a Lei 11.074/04 não qualifica ela própria os recursos empregados nos contratos em questão, verifica-se usualmente questionamentos em relação ao tema. Ao mesmo tempo que os recursos em questão podem ser insertos na condição de despesas correntes, haja vista a sua natureza obrigatória e continuada, podem ser também classificados como operações de crédito. Em ambos os casos há aspectos positivos e negativos. Se forem classificados como despesas correntes, deverão observar várias restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal 101/00, em especial no art. 17. Se, por outro lado, forem considerados como operações de crédito, incrementarão os níveis de endividamento do Estado.

Embora não tenha estabelecido expressamente a forma como deve se dar a contabilização dos recursos empregados nos contratos de PPPs, a Lei 11.079/04, no art. 10, inc. I, alíneas *a* e *b*, delegou à Secretaria do Tesou-

ro Nacional a incumbência de fazê-lo, o que se deu afinal por intermédio da Portaria STN 614/06.

Segundo estabelece o art. 17 da LRF<sup>14</sup>, as despesas correntes deverão ser compensadas com o aumento da receita ou com a redução de gastos. Por outro lado, os arts. 29 a 32 da mesma LRF impõem que a dívida pública se sujeite a sanções e prazos que arrola, além de observar limites impostos pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido manifesta-se Marcos Nóbrega:

*Por tudo então, depreende-se que quando houver dispêndios por parte do poder público pela prestação do serviço pelo parceiro privado e os ativos da SPE não forem contabilizados nos balanços públicos, a referida despesa terá a natureza de despesa corrente, mais propriamente despesa obrigatória de caráter continuado, devendo seguir os ditames do artigo 17 da LRF, promovendo a devida compensação pelo aumento permanente de receitas ou redução permanente da despesa. (NÓBREGA, 2012/013, p. 87.)*

Por outro lado, conforme estabelecem as vedações insertas no art. 2º, § 4º da lei das PPPs<sup>15</sup>, só se admite a celebração de tais contratos de concessão para investimentos que superem R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), cuja duração não seja inferior a cinco nem superior a 35 anos<sup>16</sup>, já

---

<sup>14</sup> **Art. 17.** *Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inc. I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. § 2º. Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. § 3º. Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. (...) § 5º. A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar. (...) § 7º. Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.*

<sup>15</sup> **Art. 2º.** *Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.*

<sup>16</sup> **Art. 5º.** *As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13.02.1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo*

consideradas as prorrogações, e que não tenha como único objeto o fornecimento de mão de obra, de instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Sendo uma despesa vultuosa e de longa duração, deverá esta estar prevista nas leis orçamentárias, quais sejam: o plano plurianual (já que o contrato de PPPs é sempre superior a quatro anos), na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e na lei orçamentária anual.

A Lei 4.320/64 refere-se às subvenções econômicas no art. 12, § 3º, inc. II e, ao fazê-lo, qualifica-as como transferências destinadas a cobrir despesas de custeio de empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril<sup>17</sup>. São subvenções destinadas à realização de investimentos e, embora revelem a condição de incentivo condicionado, não têm natureza tributária, apenas financeira.

Os recursos públicos, objeto das PPPs, revestem a condição de despesa corrente, devendo em tudo e por tudo observar as restrições fiscais impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Importa destacar que o propósito das PPPs não é a aquisição de bens ou a realização de obras. O fim último das PPPs é a prestação de serviços e, nesse sentido, o investimento feito pelo parceiro público com a execução e manutenção de obras, se presta exclusivamente a viabilizar a consecução de tal finalidade, circunstância esta que afasta a hipótese de qualificação dos respectivos recursos como operação de crédito.

O art. 25 da lei das PPPs<sup>18</sup> estabelece competir à Secretaria do Tesouro Nacional a edição de normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parcerias público-privadas e, cumprindo tal propósito, o referido órgão editou a já mencionada Portaria 614/06 que estabelece que os registros contábeis das PPPs deverão refletir a essência de sua relação com as Sociedades de Propósito Específico – SPEs constituídas pelo parceiro privado para viabilizar a contratação.

Determina outrossim que a cessão de uso de direitos futuros reconhecidos pelo ente público deverá ser registrada como ativo patrimonial, quando não relacionada à efetiva prestação de serviços, o que deverá ocorrer

---

*de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;*

<sup>17</sup> § 3º. Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I – (...); II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

<sup>18</sup> Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada.

a partir da sua efetiva constituição ou ampliação, estabelecendo ainda que a assunção de parte considerável dos riscos impõe o reconhecimento de que se trata de PPP e, por essa razão, os ativos contabilizados pelo parceiro privado na SPE deverão constar do balanço do ente público em contrapartida à assunção de dívida de igual valor decorrente dos riscos assumidos, exceto nas hipótese de parcerias patrocinadas cujo parceiro público não assuma parte considerável do risco da demanda e em que não haja contraprestação a ser realizada independentemente da utilização do serviço.

Segundo disciplina ainda a Portaria em questão, quando a PPP envolver a cessão de uso de bem público, o ente estatal deverá manter registro deste ativo patrimonial não financeiro em conta específica pelo tempo em que permanecer sendo utilizado pelo parceiro privado. Outras obrigações que representem comprometimento de recursos públicos não relacionados à efetiva prestação de serviços deverão ser contabilizados como passivo patrimonial. Deverão, ainda, ser provisionados os valores decorrentes dos riscos assumidos em decorrência de garantias ofertadas ao parceiro privado.

Acabando com as incertezas, quanto ao valor e vencimento, as provisões deverão ser revertidas em outras obrigações integrantes do passivo patrimonial. Do montante do valor a ser provisionado poderá ser deduzido valor igual ao ativo da SPE que tiver sido registrado no balanço do ente público. Na hipótese de ser utilizada a dedução prevista, o valor final da provisão apurada não poderá ser negativo, ressalvando, a Portaria, que referida dedução não implica alteração nos registros do balanço do ente público.

Os ativos e os passivos contingentes decorrentes dos contratos de PPP deverão abranger o valor atual da melhoria na condição de ativo não financeiro passível de transferência ao setor público e das prestações dos serviços objeto do contrato, incluindo a parcela variável condicionada à qualidade do serviço a ser prestado.

Os ativos e passivos contingentes deverão ser registrados e mantidos em contas contábeis típicas de compensado até que sejam reconhecidos como passivos ou ativos patrimoniais.

Os contratos vinculados à execução de obras deverão ser tratados contabilmente de forma individualizada.

As garantias de pagamento poderão ser registradas como conta redutora das obrigações pecuniárias contraídas pelo parceiro público em contratos de PPP, até o limite do patrimônio líquido da empresa ou fundo garantidor, e desde que os ativos estejam segregados contabilmente e avaliados pelo valor de mercado.

A constituição de fundo garantidor de PPP por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios será registrada como investimento, ob-

servados os mesmos procedimentos estabelecidos para o registro de participações societárias.

Há de se observar que a única disposição da Portaria 614/06 que qualifica como investimento recursos vinculados à PPP é a referente ao fundo garantidor, no mais, não há qualquer classificação quanto à natureza orçamentária dos recursos públicos objeto de contrapartida do ente público nas PPPs.

#### **4 CONCLUSÃO**

Os contratos de concessão de serviços públicos que se operam mediante parcerias público-privadas são, sem dúvida, mais vantajosos que os contratos de concessão normais. Embora ambos devam ser precedidos por licitação, as PPPs envolvem uma contraprestação financeira do parceiro público, tendente a auxiliar o parceiro privado na consecução do objeto contratual, qual seja, a prestação de serviços e a realização e manutenção de investimento – usualmente uma obra –, com vistas ao desempenho eficiente das atividades intrínsecas ao serviço a ser prestado.

Os contratos de PPP podem ser de duas espécies: as concessões patrocinadas e as administrativas. No primeiro caso, o particular prestará serviços à sociedade com o auxílio do Poder Público, cujos recursos serão complementares às tarifas cobradas dos usuários, o que, entre outros motivos, faz com que a parceria seja interessante para ao parceiro privado. No segundo caso, o particular é contratado para prestar serviços diretamente para a Administração Pública e os recursos consubstanciados na contraprestação do parceiro público se destinam a remunerar a prestação de serviços e a auxiliar na execução e manutenção do investimento necessário para que o serviço seja eficientemente prestado.

Em ambas as espécies de PPP, os recursos têm natureza de auxílio e, nesse sentido, devem ser considerados, no que concerne às obras necessárias à prestação de serviços, por exemplo, subvenções para a realização de investimentos e subvenções econômicas, no que diz respeito aos recursos destinados a remunerar os serviços desempenhados em favor da Administração Pública, no caso das PPPs administrativas e, também, àqueles que remuneram total ou parcialmente os serviços prestados à sociedade, no caso das PPPs patrocinadas.

Embora a legislação de regência das PPPs e as que disciplinam a matéria financeira e orçamentária não qualifiquem os recursos incorridos com os contratos de PPPs como sendo subvenções e, nessa condição, despesas correntes ou operações de crédito, tal rotulação é necessária haja vista a

natureza pública dos recursos envolvidos nos contratos em questão e a necessidade de identificação do regime jurídico aplicável, sobretudo no que concerne às restrições fiscais que lhes são aplicáveis.

Se consideradas despesas correntes, submetem-se as disposições dos arts. 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal e, nesse caso, o parceiro público deverá indicar de que forma deverá ser compensada a despesa realizada ou em que medida haverá redução de gastos no montante dos recursos dispendidos com o contrato de PPP. Se por outro turno a contraprestação do parceiro público for considerada como operação de crédito, em decorrência do incremento no endividamento público, a despesa realizada deverá observar as limitações impostas entre os arts. 29 e 32 da mesma Lei de Responsabilidade Fiscal, além das restrições impostas pelo respectivo Poder Legislativo.

Pensamos que, na condição de subvenções econômicas ou para investimento, os recursos empregados nos contratos de PPPs revestem-se da natureza de despesa corrente e os bens que resultarem dos investimentos realizados qualificam-se como bens reversíveis. Nesse sentido, as restrições fiscais aplicáveis aos contratos em questão são aquelas relativas às despesas correntes, como regra geral.

## 5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto 1.598/77, de 26.12.1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. **Publicada no Diário Oficial da União de 27 dez. 1977**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1598.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1598.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 4.320/64, de 17.03.1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Publicada no Diário Oficial da União de 23 mar. 1964**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 8.987/95, de 13.02.1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Publicada no Diário Oficial da União de 14 fev. 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 11.079, de 30.12.2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Publicada no Diário Oficial da União de 31 dez. 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 101, de 04.05.2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Publicada no Diário Oficial da União de 5 maio 2000.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Portaria STN 614, de 21.08.2006. Estabelece normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada – PPP, de que trata a Lei 11.079, de 2004. **Publicada no Diário Oficial da União de 22 ago. 2006.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/695024/pg-26-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-22-08-2006>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva. Versão 2000.

\_\_\_\_\_. Banco de Dados da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000.

DUGUIT, L. **Transformations du Droit Public.** Paris: Librairie Armand Colin, 1913.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Forum, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.** São Paulo: Dialética, 2003.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Prestação de serviços públicos e administração indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MINATEL, J. A. **Subvenções Públicas: registros contábeis e reflexos tributários a partir da Lei 11.638/07. RDDT 159/1943.** São Paulo: Dialética, 2008.

NÓBREGA, M. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico.** v. 02, a. 2, p. 87, set. 2012/fev. 2013.

SILVEIRA, R. D. **O Repensar da Noção de Serviço Público.** Direito Público moderno- Homenagem especial ao Professor Paulo Neves Carvalho, coordenado por Luciano Ferraz e Fabrício Motta. Belo Horizonte. Del Rey, 2003. p. 111.



# PORTAL DE FINANÇAS E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

*Denise Lucena Cavalcante*<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. Considerações Iniciais; 2. Princípio da Publicidade: Direito Fundamental da Informação; 3. Portal das Finanças como Instrumento de Efetivação do Princípio da Publicidade; 4. O Princípio da Publicidade na Jurisprudência do STF; 5. Considerações Finais; 6. Referências.*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A publicidade dos atos públicos é um dos principais instrumentos para a efetivação do controle social dos gastos públicos, afinal, não se controla o que não se conhece. E quando se fala em publicidade de dados oficiais, pressupõe-se necessariamente a clareza e compreensão dos mesmos, não bastando lançar nas *homepages* relatórios e balanços contábeis incompreensíveis ao cidadão.

Neste momento em que o princípio da transparência começa a ser tratado com mais rigor no Direito brasileiro, surge uma legislação que visa a consolidar a publicidade como regra e o sigilo como exceção, instaurando no país uma corrente crescente de transparência dos atos governamentais, não obstante, ainda existente uma oposição retrógada que insiste em manter o *status quo* de isolamento do Estado, como se este ainda pudesse atuar sem o controle da sociedade. É contra este isolamento estatal que a sociedade consciente se rebela, devendo continuar assim insistindo para a consolidação da publicidade de todos os atos administrativos, sendo esta a única forma possível do exercício da cidadania fiscal o desperdício e má utilização do dinheiro público.

---

<sup>1</sup> Professora Associada de Direito Tributário e Financeiro da graduação e pós-graduação da UFC. Pós-Doutora em Direito – Universidade de Lisboa. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: deniluc@fortalnet.com.br.

Ao lado da doutrina e da legislação, a jurisprudência exerce um papel importantíssimo, na medida que assegura a instauração da regra da transparência no Brasil, conforme será destacada na decisão do Supremo Tribunal Federal, quando reafirmou o princípio da publicidade ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2198/PB.

## 2 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: DIREITO FUNDAMENTAL DA INFORMAÇÃO

É sempre bom recordar a teoria de Paulo Bonavides que qualifica a informação, ao lado da democracia e do pluralismo, como direito fundamental de quarta geração. Elevar o direito de informação à tal categoria justifica por si só a divulgação ampla e irrestrita dos orçamentos públicos oficiais nos meios mais acessíveis à população. A falta de informação desvirtua o processo gerador de opinião e decisões de natureza governativa e, como alerta Bonavides, é um dos grandes obstáculos à concretização da democracia<sup>2</sup>.

Um dos graves problemas no controle da gestão pública é a falta de dados governamentais e, quando disponíveis, sem a devida clareza. A sociedade tem acompanhado os escândalos de corrupção com dados não oficiais e, muitas vezes, através de uma mídia política e economicamente comprometida.

Exemplo atual é a crise oficialmente anunciada pela equipe econômica da Presidente Dilma Rousseff neste ano de 2015. Não se sabe exatamente a verdadeira extensão dela. Anunciam diariamente a necessidade de cortes, planos de ajustes econômicos, aumento de tributos e inúmeras outras medidas que deverão ser implementadas, mas sem nenhuma fonte oficial e clara da contabilidade da administração pública. No Brasil o governo gasta muito e mal, mas não se sabe, precisamente, o quanto e em quê.

Neste conturbado e preocupante contexto, com tantos problemas estruturais, o descaso com os gastos públicos não pode mais ser tolerado. Controlar com rigor os gastos é um dos grandes desafios contemporâneos e, como insistentemente afirmado, não se controla o desconhecido. Daí a importância dos portais de transparência, quer públicos ou privados, independentemente do ente da federação que o disponibilize, viabilizando à sociedade dados importantes referentes à atuação estatal, afinal, a abertura é parte essencial da governança pública, sendo as informações governamentais de propriedade do público, como afirma com propriedade Joseph Stiglitz<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 451.

<sup>3</sup> “A questão é, dado que o público paga pela coleta de informações governamentais, quem é o proprietário das informações? É um setor específico do governo ou o público em ge-

Hoje a transparência referente ao gasto público deve ser regra, principalmente, porque se está tratando de verba originada, em sua maior parte, dos tributos arrecadados dos cidadãos-contribuintes. Se é a sociedade que custeia o Estado, seus integrantes têm que saber como e qual a destinação do fruto dessa arrecadação. E é preciso avançar também para a análise da qualidade do gasto público, outro grande desafio contemporâneo<sup>4</sup>.

Não se pode mais justificar o sigilo no âmbito do Poder Público. Transparência é o que se espera de uma adequada atuação estatal. As informações do Estado não podem ser privadas e restritas aos governantes de passagem. É imperioso que seja definido um novo *modus operandi* para a administração pública, principalmente, a partir da Lei n. 12.527/11. No âmbito da Administração Fazendária muita coisa tem que ser revista e a flexibilização do sigilo é uma dessas principais questões<sup>5</sup>.

A Lei n. 12.527/2011 é um importante instrumento para a aplicação do princípio da publicidade, sendo um marco no Brasil ao exigir a transparência como nova diretriz governamental. A revolução da informática nestas últimas décadas acelerou o processo de recepção do princípio da transparência em praticamente todo o mundo, o que faz com que essa seja a **era da transparência** e, não uma possibilidade de opção pela mesma.

---

*ral? Eu defenderia que informações coletadas por servidores públicos, à custa do público, são propriedade do público – bem assim como cadeiras, prédios e outros bens materiais usados pelo governo e de propriedade do público”.* (STIGLITZ, Joseph E. Sobre a liberdade, o direito de conhecer e o discurso público: o papel da transparência na vida pública. In: SANTI, Eurico *et al.* **Transparência fiscal e desenvolvimento**: estudos em homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: FiscoSoft; Thompson Reuters, p. 58).

<sup>4</sup> Neste sentido enfatiza Élide Graziane Pinto: “*Ensinar a gastar bem é mais importante, a médio e longo prazo, do que punir quem gasta mal, muito embora ambas as tarefas sejam reciprocamente relacionadas e interdependentes. Mas o que é gasto de qualidade? Como avaliá-lo? Quais são as variáveis que integram a adjetivação “de qualidade”? Exemplos banais poderiam ser aqui inicialmente arrolados para indicar, dentre outros critérios, o tempo de consecução do objeto da despesa (rápido/demorado), o custo-benefício (barato/caro), a incorporação de novas tecnologias (moderno/tradicional), sem falar na satisfação, ou não, dos destinatários da ação governamental com a sua fruição (efetivo/inefetivo). Ocorre, contudo, que não há respostas universais, abstratas e prévias para o difícil desafio de incorporar a qualidade do gasto público como parâmetro que se soma à sua legalidade e aos demais filtros de tutela da indisponibilidade do interesse público pelo particular que o administra”.* (PINTO, Élide Graziane. Controle das políticas governamentais e qualidade dos gastos públicos: a centralidade do ciclo orçamentário. **Revista TCEMG**, a. 1, n. 1, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2015, p. 8).

<sup>5</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. A atuação da administração fazendária após a Lei 12.527/11: a questão do acesso às informações fiscais. In: SANTI, Eurico *et al.* **Transparência fiscal e desenvolvimento**: estudos em homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: FiscoSoft; Thompson Reuters, 2013. p. 120.

O direito fundamental de acesso à informação está expressamente previsto na Lei 12.527/11 e modifica as estruturas jurídicas quando afirma que a publicidade é o preceito geral e o sigilo a exceção<sup>6</sup>. O debate contemporâneo e as decisões judiciais devem partir dessa premissa.

Apesar de o princípio da publicidade não ser tema novo no ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicabilidade o é, em decorrência da intensa negligência na sua viabilização nos últimos anos.

A Lei 12.527/11 regulamenta o acesso de informações já previsto nos arts. 5º, 37 e 216, da Constituição brasileira, que assim dispõem:

**Art. 5º [...].**

*XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

**Art. 37 [...].**

*§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:*

*I – [...];*

*II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.*

**Art. 216 [...].**

*§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*

Com a regulamentação dos dispositivos constitucionais, o legislador estabeleceu um amplo rol de procedimentos para o acesso à informação, considerando este um dever do Estado e vinculando todos os entes da federação, bem como, qualquer entidade privada sem fins lucrativos que receba recursos públicos para ações de interesse público.

Existem, contudo, informações que justificam temporariamente o sigilo, tanto no intuito de preservar o direito constitucional à intimidade do cidadão, como no caso de segurança nacional. Assim está previsto no art. 22, da Lei 12.527/11, que dispõe:

---

<sup>6</sup> “**Art. 3º.** Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância do princípio da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública”. (Lei 12.527/11).

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

Observa-se que a indução à transparência vem acompanhada pela necessidade de resguardo do sigilo onde este seja necessário, sendo dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas mantidas por seus órgãos e entidades (Art. 25, Lei 12.527/11).

Para resguardar essas situações o legislador classificou as informações em relação ao grau e prazos para a preservação do sigilo, em ultrassecreta (25 anos); secreta (15 anos); reservada (5 anos). E, desde logo, afirma-se que, no tocante à arrecadação e ao gasto do dinheiro público, dificilmente será possível justificar sequer o grau de informação reservada. Poucos são os casos que justifiquem o sigilo das despesas públicas, restringindo-se, tão somente, nos casos de segurança da sociedade e do Estado e, ainda assim, tais despesas não podem ficar fora de posterior fiscalização pelos órgãos competentes<sup>7</sup>.

A Lei 12.527/11 obriga a Administração Pública pautar sua atuação com base na transparência dos seus atos, o que exige uma alteração de postura, bem como, da própria legislação no referente à atuação funcional. A ética pública exige transparência de uma política fiscal justa e economicamente racional<sup>8</sup>.

Com o processo de democratização do país, que tem como marco a Constituição de 1988, foi inserida a publicidade como princípio da Adminis-

<sup>7</sup> Sob a fiscalização das despesas sigilosas no Brasil ver: SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade. In: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 222.

<sup>8</sup> “*El principio de la publicidad en el Derecho Público impone la notoriedad de los actos institucionales, salvo la existencia de previa disposición legal en contrario. En general, el mandato asegura el libre acceso de los ciudadanos a las instituciones públicas, así como la igualdad de oportunidades en la toma de conocimiento de los actos institucionales. De ahí, pues, la existencia de dos corolarios del principio de la publicidad: la visibilidad y la transparencia. La visibilidad puede ser considerada la dimensión exterior de la publicidad, porque se compromete con sus fines en el plano aplicativo como, por ejemplo, la publicación en el Boletín Oficial del Estado de una nueva ley tributaria o la divulgación anual de la campaña del IRPF en los medios de comunicación. La transparencia actúa en plano normativo como dimensión interior de la publicidad, una vez que se refiere a los atributos de determinados medios como, por ejemplo, el contenido de las leyes tributarias o el proceso de elaboración legislativa de un código tributario. En el plano institucional, la publicidad se contrapone al secreto y se refiere a los intereses generales comprometidos con el bien común. Lo público debe ser, así, visible y transparente para no ser secreto*”. (PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho tributario y ética**. Buenos Aires, 2010. p. 105).

tração Pública (art. 37) e, ao longo dos anos, houve avanço na legislação infra-constitucional, que cada vez mais exige transparência nos atos de gestão.

A Lei Complementar 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, reforçou esse entendimento, ao afirmar que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente. Ao concretizar o princípio da transparência, assim estabeleceu:

*Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.*

Posteriormente, a Lei Complementar 131/10 reforçou que as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal devem ser disponibilizadas em tempo real, apresentando informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em relação a necessária divulgação dos dados públicos referentes a própria gestão administrativa, não há, pois, que se falar em sigilo, vez que são dados essencialmente públicos e que envolvem dinheiro público e interesse social direto<sup>9</sup>, devendo a transparência e o acesso à informação ser entendidos como *controles institucionais*<sup>10</sup>.

A publicidade dos documentos da administração pública é hoje a diretriz dos regimes democráticos. Assim esclarece Maria Eduarda Gonçalves<sup>11</sup>, citando a recomendação do Conselho da Europa (Recomendação

<sup>9</sup> Sobre o tema ver: CAVALCANTE, Denise Lucena. Dos tributos para as finanças públicas: mudança de foco. **Revista NOMOS**. v. 25, 2006, p. 67-78.

<sup>10</sup> “*La transparencia y el derecho de acceso a la información, cumplen ambas funciones: dignifican la libertad de las personas y facilitan la vía para participar en la cosa pública. Así que, transparencia y acceso a la información son entendidos aquí como controles institucionales. [...] Lo mismo con las decisiones de la autoridad hacendaria; si no se conocen las formas en que se lleva a cabo el cobro de los impuestos y sólo se informa de las estadísticas generales de la recaudación, difícilmente los contribuyentes podrían adaptar sus conductas a las reglas cuyo origen y forma de operar desconocen. Prácticamente el actuar de la autoridad fiscal cuando hace uso de sus facultades discrecionales, así como las de comprobación, para el contribuyente se convierte en una zona de arenas movedizas. El papel de la autoridad en la era de la transparencia es sin lugar a dudas, brindar explicaciones a los contribuyentes por sus propios actos y la forma de proceder que tiene*”. (PLA, Issa Luna e; GRANADOS, Gabriela Rios. **Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal**: desafíos en México. 2. ed. Perú: Editora y Librería Jurídica; Grijley EIRL, 2012. p. 37-38.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003. p. 114-115. Também co-

R (81) 19) sobre o acesso à informação do setor público que exprime a filosofia de proclamar o princípio de que todos os cidadãos têm o direito de obter, a seu pedido, informação de caráter administrativo detida pelas autoridades públicas, independente da invocação de um interesse específico na matéria<sup>12</sup>.

O princípio da publicidade reafirma-se com a transparência do orçamento público, alcançando desde sua concepção até a execução, significando, como assevera Guilherme Martins<sup>13</sup>, a abertura ao público em geral à estrutura e funções do governo, às intenções de política econômica, à contabilidade do setor público e as projeções.

### 3 PORTAL DAS FINANÇAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Um dos mais importantes instrumentos que viabilizam o controle social das finanças públicas são os *sites* disponíveis na rede de computadores, garantindo um acesso rápido e fácil da informação. A disponibilização da informação, em tempo pontual, das receitas e despesas públicas permite o desenvolvimento de uma sociedade mais consciente e cobradora dos direitos sociais que devem ser custeados pelo dinheiro público. Muitos escândalos hoje noticiados na imprensa só foram possíveis de serem descobertos em virtude das informações dos orçamentos públicos em portais de finanças, que apesar de obrigatórios em todos os níveis da federação, ainda têm muito o que melhorar em relação a forma e a qualidade da apresentação dos dados governamentais.

Com a vigência da legislação atual não há mais divergência no tocante a necessidade de existência dos portais de transparência, pois, se antes facultativo, hoje são obrigatórios, cabendo aos Estados, Distrito Federal, Municípios e União Federal organizá-los em suas páginas oficiais na internet ou encaminhá-los aos *sites* de outros órgãos de controle, tais como, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas da União, Tribunais de Contas dos Estados etc.

---

mentando as diretrizes da Comunidade Europeia e do Direito português, ver: CASTRO, Catarina Saramento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>12</sup> Sobre o tema, ver: CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. *In*: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 39.

<sup>13</sup> MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. **Consolidação orçamental e política financeira**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 273.

Para fins de controle, essa disponibilidade dos dados é obrigatória e deve ter o fácil, caso contrário, o ente da federação que a descumprir deverá ser denunciado ao TCU. Como ressalta Heleno Torres<sup>14</sup>, a lei de transparência financeira – LC 131/09 reafirmou o acesso popular ao TCU, previsto o art. 74, § 2º, ao incluir na Lei de Responsabilidade Fiscal o art. 73-A, segundo o qual: “*Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar*”.

O que se deve observar doravante é a efetivação da publicidade em todo o seu teor. Simplesmente lançar dados incompreensíveis na internet não é suficiente e não atende a determinação legal de divulgação das contas públicas. O controle depende da boa informação.

Os portais da transparência centralizados em órgãos de controle são de grande utilidade nos dias atuais, mormente por conta da exigência da Lei Complementar 131/09, que alterou o art. 48, da LC 101/00, determinando a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. Os Estados e Municípios que não conseguem ainda ter sistemas de informação em seus endereços eletrônicos poderão cumprir esta norma através dos diversos portais de finanças existentes no Brasil.

Os portais de finanças, se antes questionados por alguns, hoje passam a ser a solução para muitas entidades governamentais que ainda não têm recursos pessoais e eletrônicos para apresentar seus relatórios em tempo pontual, considerando que a apresentação dos dados é obrigatória, sujeitando-se, inclusive, a sanção prevista no art. 23, § 3º, I, LC 101/01, que implica no não recebimento das transferências voluntárias.

#### **4 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Partindo das premissas anteriores, onde restaram demonstradas a evolução da legislação e da doutrina no tocante ao princípio da publicidade, passar-se-á a análise da evolução da jurisprudência no tocante a aplicação do princípio da publicidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, utilizando como paradigma a ADIN 2198/PB.

---

<sup>14</sup> TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 359.



A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2198/PB é um bom exemplo para demonstrar o avanço da transparência orçamentária no contexto brasileiro. Ela foi requerida pelo Governador do Estado da Paraíba em 26.04.2000, com o fim de ser declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 9.755/98, que dispunha em seu art. 1º que o Tribunal de Contas da União criaria uma *homepage* na *internet*, com o título “contas públicas” e incluiria uma série de dados e informações, nos seguintes termos:

**Art. 1º** O Tribunal de Contas da União criará *homepage* na rede de computadores *Internet*, com o título “contas públicas”, para divulgação dos seguintes dados e informações:

*I – os montantes de cada um dos tributos arrecadados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, os recursos por eles recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio (caput do art. 162 da Constituição Federal<sup>15</sup>);*

*II – os relatórios resumidos da execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (§ 3º do art. 165 da Constituição Federal<sup>16</sup>);*

*III – o balanço consolidado das contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários (art. 111 da Lei 4.320<sup>17</sup>, de 17.03.1964);*

*IV – os orçamentos do exercício da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os respectivos balanços do exercício anterior (art. 112 da Lei 4.320<sup>18</sup>, de 1964);*

---

<sup>15</sup> **Art. 162.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.

**Parágrafo único.** Os dados divulgados pela União serão discriminados por Estado e por Município; os dos Estados, por Município.

<sup>16</sup> **Art. 165.** [...] § 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

<sup>17</sup> **Art. III.** O Conselho Técnico de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda, além de outras apurações, para fins estatísticos, de interesse nacional, organizará e publicará o balanço consolidado das contas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários.

<sup>18</sup> **Art. 112.** Para cumprimento do disposto no artigo precedente, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal remeterão ao mencionado órgão, até 30 de abril, os orçamentos do exercício, e até 30 de junho, os balanços do exercício anterior.

**Parágrafo único.** O pagamento, pela União, de auxílio ou contribuição a Estados, Municípios ou Distrito Federal, cuja concessão não decorra de imperativo constitucional, dependerá de prova do atendimento ao que se determina neste artigo.

*V – os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos e as comunicações ratificadas pela autoridade superior (caput do art. 26, parágrafo único do art. 61, § 3º do art. 62, arts. 116, 117, 119, 123 e 124 da Lei 8.666, de 21.06.1993);*

*VI – as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta (art. 16 da Lei 8.666, de 1993).*

Observa-se pelo dispositivo acima transcrito que a Lei 9.755/98 não acrescentou nenhuma diretriz nova ou contrária ao princípio da federação. O fato do Tribunal de Contas da União organizar em um único *site* as informações que sempre foram de cunho público, tão somente teve como finalidade propor uma organização centralizada. Nada impedia, desde então, que os Estados e Municípios também viabilizassem referidos dados em seus *sites*.

O argumento central da ADIN 2198 foi de que a divulgação dos dados pelo TCU agrediria o princípio da federação, infringindo os arts. 1º, 24º, 4º, inc. I, da CF/88, uma vez que uma lei federal dirigida ao Tribunal de Contas da União estaria vinculando indevidamente a administração direta e indireta dos Estados-membros e dos municípios, diferenciando, assim, a lei federal de uma lei complementar de caráter nacional.

Evidente que este argumento não se sustentaria, uma vez que os dados tratados pela Lei 9.755/98 são públicas e com obrigatoriedade de divulgação desde a Lei 4.320/64.

Como não podia ser diferente, a ADIN n. 2.198/PB foi julgada improcedente em 11.04.2013, corroborando os atuais ditames legais que primam pela transparência.

O relator o Ministro Dias Toffoli fundamentou seu voto no enquadramento da Lei 9.755/98 no contexto de aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo o princípio constitucional da publicidade da administração pública previsto no art. 37, *caput*, da CF/88. Acompanhando o relator, o voto do Ministro Gilmar Mendes acrescentou, ainda, que no caso não houve invasão de competência dos Estados-membros e dos Municípios porque se tratou apenas de uma exigência de caráter instrumental, permitindo um acesso controlado. No mesmo sentido, ressaltou o Ministro Luiz Fux a importância do princípio da publicidade através da concentração das informações.

O julgamento da ADIN 2198/PB não foi por unanimidade. Os votos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa centraram-se, exclusivamente, na discussão da lei nacional interferir na organização dos Estados e Municípios, sem maiores justificativas sobre a publicidade em si e sem observar os princípios do orçamento público.

Esta decisão da ADIN 2198/PB serve como paradigma para consolidar o princípio da publicidade das contas públicas, que não deve ter nenhuma limitação na apresentação dos dados a sociedade.

Importante ressaltar que no momento da Lei 9.755/98 ainda não vigorava no Brasil a Lei Complementar 101, de 04.05.2000, tendo sido a ADIN 2198 ajuizada 27.04.2000, ou seja, dias antes da promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Mas, desde logo, ressalta-se que mesmo antes da LC 101/00, a discussão sobre o tema da transparência e da responsabilidade fiscal já estava em efusivo debate no país, já havendo inclusive a disposição expressa do princípio da publicidade no art. 37, da Constituição de 1988 e, na própria Lei 4320/64.

O fato é que, após a LC 101/00<sup>19</sup> e a LC 131/09, esta discussão está completamente ultrapassada, considerando que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente.

Quanto a divulgação dos dados pelo Tribunal de Contas da União, também está previsto na LC 101/00, no art. 64, que a União prestará assistência técnica e cooperação financeira aos Municípios para a modernização das respectivas administrações tributária, financeira, patrimonial e previdenciária. No mesmo sentido, qual seja, a necessária cooperação dos entes federados e o apoio da União, também prevê o art. 48, da lei acima citada, a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União.

Constata-se, pois, que a ADIN 2198/PB não teria o menor fundamento no contexto atual e, numa aplicação precisa do princípio constitucional da publicidade, nem no momento em que foi ajuizada, destacando, inclusive, que no momento do julgamento da mesma em 2013, a ação já era indiferente até para a Paraíba, sendo atualmente o Estado com maior número de adesões de Municípios no **Programa Brasil Transparente**, de iniciativa da Controladoria Geral da União – CGU<sup>20</sup>.

Atualmente, em termos práticos e como garantia da efetividade do princípio da publicidade, que determina a obrigatoriedade de divulgar todos

---

<sup>19</sup> “**Art. 1º** Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

os dados financeiros dos governos em tempo pontual, não importa aos interessados que os dados públicos sejam apresentados por órgão da União ou qualquer outro ente da federação, afinal, se os dados são públicos, o meio de divulgação torna-se irrelevante. É preciso fazer um uso inteligente da potência da era digital em prol da publicidade<sup>21</sup> e não limitá-la com argumentos rasos de invasão de competência dos entes federados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo restou demonstrado que a transição para a transparência das finanças públicas, apesar de ser um processo lento, avança a cada dia. Nenhum argumento que tente limitar a transparência dos órgãos públicos deve ser acatado nesta importante fase de abertura das instituições públicas.

A consolidação do princípio da publicidade como regra exige alteração de hábitos corporativos, tanto das empresas, como das instituições estatais. A aceitação da inevitabilidade da transparência fiscal é o primeiro e mais importante passo. O próximo é a atuação direta do cidadão na fiscalização dos dados públicos, devendo ser fiscalizados diuturnamente por uma sociedade organizada e consciente.

Diante das premissas apresentadas e da legislação vigente, muito bem decidiu o Supremo Tribunal Federal quando decretou constitucional a Lei 9.755/98, agindo desta forma, como diria Klaus Tipke<sup>22</sup>, como o verdadeiro guardião da moralidade fiscal.

## 6 REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidades do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. *In*: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 35-48.
- CASTRO, Catarina Saramento. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

---

<sup>21</sup> CAVALCANTE, Denise Lucena. Programa da educação fiscal no Brasil: enfatizar o gasto público. *In*: TORRES NETO, Argemiro *et al* (Coords.). **15 anos do Programa de Educação Fiscal do Estado do Ceará**: memórias e perspectivas. Fortaleza: Fundação SINTAF, 2014. p. 28.

<sup>22</sup> TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Tradução de Pedro Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 100.

- CAVALCANTE, Denise Lucena. A atuação da administração fazendária após a lei n. 12.527/2011: a questão do acesso às informações fiscais. *In*: SANTI, Eurico *et al.* **Transparência fiscal e desenvolvimento**: estudos em homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: FiscoSoft; Thompson Reuters, 2013. p. 120-137.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Dos tributos para as finanças públicas: mudança de foco. **Revista NOMOS**. v. 25, 2006, p. 67-78.
- CAVALCANTE, Denise Lucena. Programa da educação fiscal no Brasil: enfatizar o gasto público. *In*: TORRES NETO, Argemiro *et al* (Coords.). **15 anos do Programa de Educação Fiscal do Estado do Ceará**: memórias e perspectivas. Fortaleza: Fundação SINTAF, 2014. p. 20-30.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação**: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira. **Consolidação orçamental e política financeira**. Coimbra: Almedina, 2014.
- PASIN, João Bosco Coelho. **Derecho tributario y ética**. Buenos Aires, 2010.
- PINTO, Élide Graziane. Controle das políticas governamentais e qualidade dos gastos públicos: a centralidade do ciclo orçamentário. **Revista TCEMG**, a. 1, n. 1, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 2015. p. 8-12.
- PLA, Issa Luna; GRANADOS, Gabriela Rios. **Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal**: desafíos en México. 2. ed. Perú: Editora y Librería Jurídica; Grijley EIRL, 2012.
- SCAFF, Fernando Facury. Direitos fundamentais e orçamento: despesas sigilosas e o direito à verdade. *In*: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- STIGLITZ, Joseph E. Sobre a liberdade, o direito de conhecer e o discurso público: o papel da transparência na vida pública. *In*: SANTI, Eurico *et al.* **Transparência fiscal e desenvolvimento**: estudos em homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: FiscoSoft; Thompson Reuters, 2013.
- TIKPE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Tradução de de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



# O FINANCIAMENTO DA SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Fábio Zambitte Ibrahim<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. Introdução; 2. O Financiamento da Seguridade Social Brasileira; 2.1. A afetação da receita ao sistema; 2.2. A Afetação Geral ou Específica das Contribuições Sociais; 3. O Financiamento da Saúde; 3.1. Financiamento, solidariedade e parafiscalidade; 3.2. Opção normativa da constituição de 1988 – incongruência da parafiscalidade com a solidariedade social; 4. Conclusão; 5. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

A Saúde foi o subsistema, dentro da seguridade social, que seguramente mais evoluiu com o advento da Constituição de 1988. O amparo aos brasileiros frente a enfermidades, moléstias e incapacidades em geral não era obrigação estatal e, muito menos, direito universal passível de demanda junto aos Tribunais.

A proteção em tal segmento, no caso brasileiro, nasceu a reboque da previdência social, a qual, com a criação dos institutos de aposentadoria e pensão, a partir de 1930, viu surgir nestas autarquias o alargamento de seus objetivos. A atuação dos institutos, até então limitada a prestações previdenciárias, buscando atender a demanda de suas clientelas e colmatar as lacunas estatais quanto a direitos sociais, alcançou moradia, empréstimos e mesmo a saúde.

Datam deste período a criação dos primeiros hospitais “públicos”, isto é, voltados a segmento da sociedade que, indiretamente, contribuía para sua manutenção, por meio das cotizações previdenciárias aos respectivos institutos de aposentadoria e pensão. Nesta época, cada categoria profissional, à semelhança da respectiva entidade previdenciária, possuía rede credenciada própria de hospitais.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Doutor em Direito Público pela UERJ, Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP, Advogado.

O modelo de saúde vigente, assim como o previdenciário, era excludente e voltado a uma clientela preferencial de empregados, os quais, na época, eram os segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social.

Neste momento histórico, o financiamento da saúde não diferia do modelo de custeio previdenciário, tendo em vista a vinculação das prestações e a ausência de segregação clara das despesas, de tal maneira que as contribuições arrecadas de trabalhadores e empresas, em geral, eram utilizadas indistintamente para o custeio de todas as ações dos institutos.

Sem embargo, a sociedade brasileira evoluiu. A Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88 teve a clara preocupação de assegurar a vida digna, o que, por natural, impõe a cobertura universal quanto a preservação da higidez física e mental dos brasileiros. O modelo até então adotado, limitado e excludente, não se mostrava digno nem isonômico. A mudança foi correta e necessária.

Após a Constituição de 1988, uma nova realidade surge, com a Saúde formando subsistema autônomo, com prestações próprias, clientela universal e financiamento diversificado. As mudanças no custeio atenderam duas finalidades relevantes. Primeiro, atenderam a importante demanda de segregar os gastos e receitas da previdência e saúde. No modelo anterior, como não havia tal distinção de forma precisa, não raramente as receitas previdenciárias acabavam por subsidiar as ações de saúde, em perigoso comprometimento de modelo calcado no equilíbrio financeiro e atuarial.

Segundo, ao consagrar a autonomia da política nacional de saúde, com o alargamento da clientela atingida, há a intuitiva necessidade de ampliar as fontes de receita, pois, do contrário, a tão desejada universalidade nunca sairia do papel. Para tanto, o modelo de financiamento da seguridade social foi consolidado com diversas fontes, em atendimento às premissas e objetivos do sistema protetivo.

A finalidade do presente artigo, portanto, é apresentar o financiamento da saúde no Brasil. Desse modo, faz-se necessário breve desenvolvimento sobre o custeio da seguridade social como um todo. Segregadas as contribuições estritamente previdenciárias, as remanescentes destinam-se, em regra, à saúde e assistência social.

## **2 O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA**

### **2.1 A Afetação da Receita ao Sistema**

A seguridade social, inovação da Constituição de 1988, agrega os três subsistemas de maior relevância no âmbito protetivo, que são a previ-



dência social, a assistência social e saúde (art. 194, CF/88). O custeio do sistema, de forma a apartar tais receitas das demais e, ao mesmo tempo, afetar o produto arrecadado a este relevante fim, é feito por contribuições sociais. O Poder Constituinte, ainda que com diversas ressalvas, parece ter adotado o modelo da parafiscalidade no custeio dos direitos sociais pertinentes à seguridade social.

Na dicção do art. 195 da Constituição, ao prever o custeio do sistema:

*Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

*I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998)*

*a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 1998)*

*b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 1998)*

*c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional 20, de 1998)*

*II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998)*

*III – sobre a receita de concursos de prognósticos.*

*IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003)*

No *caput* do artigo, nota-se, de saída, a desnecessária previsão de que a sociedade arcará com a manutenção do sistema – como, de resto, com todo e qualquer gasto estatal – e, também, a autorização expressa de inclusão, na manutenção da proteção social, de receitas de impostos em sua manutenção, na hipótese de insuficiência.

Ou seja, desde já, é importante visualizar que as contribuições sociais são fontes primárias de manutenção da seguridade social, mas não únicas. De acordo com as preferências estabelecidas pelo legislador ordinário, em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, o orçamento fiscal poderá destinar, em parte, incremento de receita da seguridade social.

Neste ponto, é constrangedor notar que, na atualidade, o Governo Federal, ao construir hipóteses de desoneração fiscal, estímulo à economia ou mesmo realocação de receitas pura e simples, tem adotado caminho exa-

tamente oposto, ao reduzir, direta ou indiretamente, as receitas do orçamento da seguridade social em prol de ações estranhas à previdência social, assistência social e saúde.

Acredito que tal conduta seja inconstitucional, pois, como deseja a Constituição, as contribuições sociais do art. 195 são destinadas, com exclusividade, à manutenção da seguridade social. Receitas de impostos, voltadas a manutenção de serviços públicos não divisíveis, podem também cooperar com a manutenção da seguridade social, como autoriza o art. 195, *caput*, mas o contrário, não.

Infelizmente, tal percepção não tem sido adotada pelos Tribunais brasileiros, como se vê, por exemplo, no dramático caso das receitas desvinculadas da seguridade social, denominadas de DRU, as quais, de forma deliberada e sem qualquer pudor, subvertem 20% das receitas da seguridade social e permitem a respectiva aplicação em qualquer fim.

Além da Desvinculação de Receitas da União, com potencial redução de 20% da receita do sistema protetivo, há outra parcela necessariamente excluída da saúde, que é aquela composta pelas contribuições das empresas sobre a folha de salários e as contribuições de trabalhadores, previstas, respectivamente, nos art. 195, I, “a” e II da Constituição. Tal aspecto será melhor desenvolvido no item seguinte.

## **2.2 A Afetação Geral ou Específica das Contribuições Sociais**

Como exposto supra, foi inegável intenção da Constituição vincular as receitas do sistema de seguridade à obtenção dos objetivos do sistema. Como é intuitivo, a atuação estatal na seara protetiva tem inexorável liame com os recursos disponíveis. Todavia, há duas modalidades de afetação. A geral e a específica.

Na afetação geral, há a premissa já desenvolvida de que as contribuições sociais, como um todo, visam, com exclusividade, o financiamento da seguridade social, nos subsistemas de previdência, assistência e saúde. O universo é delimitado, mas não existe, a princípio, vinculações particulares de receita para cada subsistema. A depender das variantes de tempo e espaço, o legislador ordinário, ao aprovar o orçamento da seguridade social, poderá privilegiar um ou outro segmento.

A aparente falta de prioridades é compreensível e mesmo defensável. Em momentos variados, a prioridade do sistema pode ser a saúde, em razão de epidemias momentâneas, a assistência social, devido à retração da atividade econômica e conseqüente empobrecimento da população ou, por fim, a previdência social, quando, por exemplo, existe a intenção de incre-

mentar os rendimentos de aposentados e pensionistas. Tudo dependerá, como se disse, das prioridades da sociedade brasileira, de acordo com a representação parlamentar.

Por outro lado, há uma situação particular, com uma vinculação mais específica de parcela das contribuições sociais existentes. São aquelas voltadas ao subsistema previdenciário, o qual, dentro do modelo nacional, ao contrário dos subsistemas de assistência social e saúde, é contributivo, estabelecendo, por decorrência lógica, a amarração da receita ao pagamento dos benefícios previamente previstos em conformidade atuarial com o custeio.

Para tais parcelas, enfim, há vinculação ainda mais específica, pois somente podem ser utilizadas na manutenção do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, conforme art. 167, XI da Constituição. O preceito, apesar de não originário da Assembléia Nacional Constituinte, pode ser reconhecido como implicitamente existente desde então, pois o modelo previdenciário brasileiro, desde sua criação, adota as premissas genéricas do financiamento do seguro social, com as clássicas cotizações de empregadores e trabalhadores.

Desta forma, tais contribuições, tradicionalmente chamadas de *previdenciárias*, não podem subsidiar o custeio da saúde, salvo de forma indireta, como ocorre com as imunidades de entidades beneficentes (art. 195, § 7º, CF/88), as quais, no atual regramento da matéria, podem atuar na área de saúde pública (Lei 12.101/09)<sup>2</sup>.

No entanto, note-se que o inverso não é verdadeiro. Ou seja, as demais contribuições sociais, dotadas unicamente de afetação genérica, como a COFINS e CSLL, podem, em tese, subsidiar ações na área previdenciária, caso haja insuficiência de recursos pelas contribuições previdenciárias. Apesar de o art. 195, *caput* da Constituição já autorizar a fixação de recursos adicionais do orçamento fiscal, não há impedimento para a transferência de receitas dentro da própria seguridade social, como as contribuições supracitadas.

Tal possibilidade é também necessária como forma de compensar os subsídios cruzados do nosso sistema de seguridade social. Como já dito, entidades beneficentes que atuam em saúde ou educação, com frequência, têm redução substancial das contribuições previdenciárias devidas, realidade também encontrada em microempresas e empresas de pequeno porte. Mais recentemente, também há as situações de desoneração da folha de pagamento, com redução da contribuição previdenciária e incremento da COFINS (Lei 12.546/11).

Em tais situações, de forma a preservar o mandamento constitucional estampado no art. 167, XI na sua máxima efetividade, em conjunto com

---

<sup>2</sup> Sem embargo, tal possibilidade não exclui a necessidade de compensação financeira ao subsistema de previdência social, como se verá.

o art. 201, *caput*, o qual prevê o caráter contributivo do sistema previdenciário e, também, o art. 195, § 5º ao estabelecer a contrapartida entre custeio e benefício, a recomposição das reservas previdenciárias deve ser total, mediante repasse do orçamento fiscal ou redução de parcela disponível das contribuições sociais com vinculação geral.

### 3 O FINANCIAMENTO DA SAÚDE

#### 3.1 Financiamento, Solidariedade e Parafiscalidade

Na conhecida e multicitada evolução do Estado liberal para Estado social, especialmente na segunda metade do século XIX, a questão do financiamento ganha contornos próprios. A idéia tradicional de que o Estado somente deveria assegurar a liberdade formal torna-se insubsistente, sob o alegado paradoxo do liberalismo, o qual, ao postular a liberdade, acaba por cerceá-la, ao não assegurar meios indispensáveis de vida<sup>3</sup>.

Admitida a necessidade de maior ação estatal, patrocinando direitos sociais e condições mínimas de vida, a demanda por maiores fontes de custeio torna-se tema premente, e os poucos recursos já existentes possuíam, como se pode prever, destinações consolidadas<sup>4</sup>.

Neste ambiente surge a idéia da *parafiscalidade*, cujo sentido etimológico é evidente, como fonte de receita para as atividades então conhecidas como *paraestatais*, assim consideradas, especialmente, as ações na área social, que escapavam aos encargos clássicos do Estado. Não sem razão afirma-se que tal forma de financiamento teve, como manifestação mais importante, a seguridade social<sup>5</sup>. Por este motivo, o tema aqui desenvolvido tratará, especificamente, de contribuições sociais, muito embora saiba-se que o fenômeno da parafiscalidade não se limita a elas.

---

<sup>3</sup> Por todos, ver FERNANDES, Simone Lemos. **Contribuições Neocorporativas na Constituição e nas Leis**. Belo Horizonte: Delrey, 2005. p. 31. No entanto, importa notar que tais visões implicam acepção restritiva e, em alguma medida, equivocada do liberalismo, pois a preservação do mínimo existencial, especialmente no Brasil, foi inicialmente fundamentada por premissas liberais.

<sup>4</sup> No jargão econômico – e com certo tom de ironia – é comum afirmar-se que *a receita faz a despesa*, ou seja, uma vez apresentado o ingresso, somente com muita dificuldade poderia o Estado abrir mão daqueles recursos. Sobre um exercício concreto de tentativa de redução de gastos estatais no Brasil – e sua conseqüente dificuldade concreta – ver GIAMBAGLI, Fábio; TAFNER, Paulo. **Demografia – A Ameaça Invisível**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 175 e ss.

<sup>5</sup> Cf. FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. 2. ed. Buenos Aires: Palmas, 1970. v. II. p. 1021.

A discussão não é nova, sendo o financiamento da proteção social um dos principais problemas a serem administrados por Bismarck, quando da criação do seguro social alemão, haja vista o descontentamento de segmentos conservadores que não admitiam maiores gastos por conta do limitado orçamento público. Por tal razão, o parlamento alemão acabou por criar modelo de previdência social financiado pelos próprios interessados – empresas e trabalhadores, em nova fonte de custeio alheia aos demais tributos já existentes.

A criação de exações próprias para o financiamento da proteção social teria duas justificativas elementares, que são usualmente apresentadas. Uma, de ordem valorativa, seria não impor sobre toda a sociedade o encargo financeiro que somente visa o benefício de alguns, justificando a imposição financeira somente sobre o grupo que se beneficia do modelo existente. É um financiamento baseado na *solidariedade de grupo*, ao invés da solidariedade de todo corpo social.

Outra justificativa, de ordem pragmática, seria superar os descontentamentos gerados por aumentos de tributos tradicionais, mostrando à sociedade que a nova exação teria fundamento específico e arrecadação vinculada a determinado fim, sem possibilidade de desvio para ações tradicionais do Estado.

Ambos os fundamentos apresentados, em certa medida, são corretos. Mas o fato de tais fundamentos serem verdadeiros não traduz, como se possa parecer, a necessidade de uma nova exação, pois o mesmo fim poderia ser alcançado por meio de impostos e taxas, com pequenas adequações legislativas<sup>6</sup>. A pretensa natureza específica das contribuições sociais se torna ainda mais discutível, no Brasil, com a Constituição de 1988, pois as ações antes paraestatais, há muito deixaram de ser atípicas ou estranhas aos demais encargos públicos, transmutadas em normas jurídicas sindicáveis por meio do processo legislativo ou mesmo judicial, muito embora, em desenvolvimento incompleto da técnica protetiva, ainda mantenha, na parte do financiamento, o engodo das contribuições sociais.

Já tive oportunidade de expor minha visão crítica sobre o ponto alhures<sup>7</sup>. O tema aqui é outro. O que se busca, no presente texto, é investigar as interações do modelo de financiamento escolhido pela Constituição de 1988 e suas premissas filosóficas, de forma a melhor compreender o sistema exacional criado.

---

<sup>6</sup> Como bem resume A. B. Buys de Barros, *a parafiscalidade é um expediente político do Estado intervencionista transformado em técnica financeira* (DE BARROS, A. B. Buys. **Um Ensaio Sobre a Parafiscalidade**. Rio: José Konfino, 1956. p. 100).

<sup>7</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A Previdência Social no Estado Contemporâneo – Fundamentos, Financiamento, Regulação**. Niterói: Impetus, 2011.

### 3.2 Opção Normativa da Constituição de 1988 – Incongruência da Parafiscalidade com a Solidariedade Social

Pelo exposto, nota-se uma opção constitucional pela conjugação de receitas entre saúde e assistência social, com eventual repasse para o subsistema previdenciário, o qual, como regra geral, é financiado por contribuições de empresas e trabalhadores sobre a folha de salários. Sendo assim, as cotizações sobre o faturamento (COFINS), lucro líquido (CSLL), concurso de prognósticos e dos importadores, sem uma divisão estrita, serão partilhadas, a critério do Legislador Ordinário, entre os subsistemas de saúde e assistência social.

Tal regramento provoca alguma perplexidade inicial, pois, se para a previdência social, houve afetação específica de receitas, por qual motivo não haveria para saúde e assistência social? A razão é encontrada na própria Constituição, pois como se observa do art. 201, ao contrário dos arts. 196 e 203, a previdência social é subsistema da proteção social brasileira com natureza contributiva, demandando, em regra, financiamento prévio à concessão de prestações, diferente de saúde (art. 196) e assistência social (art. 203).

Adicionalmente, o modelo previdenciário brasileiro – apesar do alegado ideal de universalidade – comporta um grupo específico e determinado de pessoas protegidas, as quais, em uma solidariedade restrita, se autopatrocinam visando proteção frente aos infortúnios da vida. Já a assistência social, não obstante a restrição de clientela, não permite a identificação *a priori* de seus integrantes e, no caso da saúde, a universalidade é plena.

Para estes dois últimos – assistência social e saúde – o fundamento do custeio é a solidariedade social, a qual impõe a cada um de nós o dever de patrocinar, em maior ou menor grau, uma cobertura mínima a toda e qualquer pessoa, em busca do ideal da existência digna. Não sem razão segmento da doutrina identifica tais contribuições de afetação genérica como verdadeiros impostos, tendo em vista a ausência de liame com determinado grupo.

Afinal, a solidariedade é um atributo humano e, também, necessário à vida em sociedade. Não se ignora sua existência ou sua importância, mas, tão somente, a extensão que se pretende dar ao preceito, especialmente quando fundamenta contribuições sociais. Tendo em vista a solidariedade obrigatória decorrente da vida em sociedade, é por natural concluir que a concretização desse ideal passa, em larga escala, pela imposição tributária. Somente extraíndo parte do patrimônio alheio é que poderá o Estado, na melhor medida, patrocinar e concretizar os direitos que são proclamados nos atos normativos.

Qualquer semelhança com o conceito de imposto não é coincidência. A vida em sociedade, desde seu surgimento, traz um projeto cooperativo

de vida em comum, que concretiza diversas vantagens, mas demanda financiamento. A solidariedade não é invenção do Estado social, mas sempre acompanhou a humanidade, desde suas origens. O que se discute é o grau de aplicação. Fundamentar um tributo qualquer em uma ideia abstrata de solidariedade, encerra fragrante tautologia<sup>8</sup>.

A solidariedade é imposição necessária a pessoa humana, haja vista as benesses e vantagens da vida em sociedade. O conforto e segurança construídos ao longo do tempo impõem encargos elevados que, direta ou indiretamente, devem ser custeados por aqueles os aproveitam.

Sem embargo, não se pode caminhar em extremo oposto, no qual a solidariedade, em qualquer circunstância, possa expropriar valores do patrimônio da clientela protegida, sem algum tipo de contraprestação. A permissividade dos Tribunais brasileiros, nesse sentido, é preocupante, pois exações têm sido criadas e validadas sem a mínima contraprestação, sob o trunfo insuperável da solidariedade. A contribuição de servidores inativos é exemplo clássico.

Como se nota, toda a evolução da parafiscalidade caminhou, justamente, no intuito de estabelecer algum liame entre o tributo e o respectivo retorno; a visualização do encargo e da recompensa, nexa esse que, contraditoriamente, pretende-se afastar por fundamento genérico na solidariedade. Não cabe à solidariedade servir de fundamento a arbitrariedades, como já se prestou o interesse público em passado não tão distante em nosso país. A solidariedade forçada é uma necessidade na sociedade plural, mas não traz a desvinculação plena com os encargos individuais e estatais.

Com exemplo em precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos, pode-se reconhecer, em determinadas situações, especialmente quando há a expectativa razoável e necessária a alguma contraprestação estatal, que a cotização, mesmo que fundada na solidariedade, adere, em alguma medida, ao patrimônio da pessoa, com salvaguarda no direito de propriedade.

A admissão de direitos sociais, em especial os previdenciários, como uma propriedade do segurado foi inicialmente rechaçada pela Corte, em 1960, mas posteriormente admitida, em 1971, partindo-se da premissa que, ao verter contribuições ao sistema protetivo, há um direito à parcela do fundo previdenciário, que pode ser afetado de acordo como venha a ser gerido, embora, nesse primeiro caso concreto, a pretensão tenha sido indeferida devido ao caráter solidário do sistema de proteção social<sup>9</sup>. Uma aceitação

---

<sup>8</sup> Mesmo em tributos contraprestacionais, é certo que os encargos, em regra, não tem relação direta com o custo primário dos mesmos, sendo o arbitramento de valores a regra, até como forma de subsidiar outras atividades periféricas ou mesmo o serviço público para aqueles que não possuem meios de pagamento.

<sup>9</sup> Decisão de 20 de julho de 1971, X. v. The Netherlands, Appl. 4130/69. Ver, também, Klaus Kapuy, op. cit., p. xvii.

mais ampla deste preceito, em matéria previdenciária, somente veio em 1994<sup>10</sup>.

Interessante observar que a Corte Constitucional alemã também adota os direitos previdenciários como derivados do direito de propriedade do segurado, cabendo demanda judicial com este embasamento jurídico. Embora a Corte alemã seja apontada como pioneira, seus precedentes iniciais sobre o tema, em 1980, foram posteriores às primeiras decisões da Corte Européia<sup>11</sup>.

Ou seja, a solidariedade forçada existe e é necessária, mas não deve transformar-se em fundamento para expropriações desproporcionais do patrimônio dos contribuintes. A aceitação irrestrita de imposições fiscais com fundamento isolado da solidariedade do sistema pode, em último grau, justificar qualquer incremento ilimitado de tributos, incluindo impostos, pois, afinal, a vida em sociedade é um projeto solidário. Não é essa a pretensão da Constituição de 1988.

No âmbito das contribuições, o equívoco da solidariedade sem limites é ainda mais patente. Toda a teoria da parafiscalidade foi construída como forma de produzir, na sociedade, um convencimento de que os novos encargos, ao contrário dos tradicionais impostos, não seriam vertidos a um fundo comum utilizável de acordo com critérios e prioridades gerais do orçamento. Ao revés, seriam aplicados em benefício direto daqueles que, em obediência aos ditames legais, verteram suas contribuições nos termos estabelecidos.

Em suma, pretende a contribuição social, ao contrário dos impostos, explicitar alguma contraprestação protetiva em favor dos segurados e servidores submetidos às exações. Justamente por esse motivo é que foram criadas, tendo em vista a desconfiança e descontentamento da sociedade com

---

<sup>10</sup> Decisão de 11.01.1994, *Gaygusuz v. Austria*. Appl. 17371/90.

<sup>11</sup> Como afirma a própria Corte Alemã, “*Social security entitlements have long been regarded as a matter of social law that has little to do with the constitutional guarantee of private property. It was the German Federal Constitutional Court that first extended the protection of this constitutional right to pension entitlements in 1980. The Hungarian Constitutional Court followed this example as second in Europe in 1995. It is most probable, that especially the German example motivated the European Court of Human Rights to regard social security benefits as property, which in turn, resulted in similar developments in Austria and Lithuania. The present treatise seeks to explore the real meaning of such an extension of the constitutional protection of property, as well as its doctrinal background. In order to do so, the example of Germany and Hungary is used, not the least because to date both courts have developed an extensive jurisprudence in the relevant Field*”. Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html)>. Press release 72/09 of 30 June 2009. Ver também BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09.



imposições fiscais desvinculadas de qualquer contraprestação estatal, como os impostos.

Dessa forma, o Estado, ao impor uma alegada contribuição social baseado, unicamente, em uma pretensa solidariedade social, a qual une todos em um projeto abrangente de vida em sociedade, nada mais define do que um imposto, o que, por natural, difere da contribuição social tanto normativa como historicamente.

#### 4 CONCLUSÃO

Como se nota, o financiamento da saúde no Brasil não evoluiu da mesma forma que a própria proteção à saúde. Explicando melhor, enquanto a cobertura migrou para um modelo universal de atendimento, fundando na solidariedade de toda a sociedade, o financiamento, *a priori*, permaneceu ainda ligado às premissas da parafiscalidade, as quais, como regra, se qualificam pelo atendimento restrito a determinados grupos.

Todavia, somente as exações dotadas de afetação específica, voltada a determinado segmento da sociedade brasileira, é que contariam com natureza jurídica de contribuição social. As demais, como a COFINS e CSLL, seriam verdadeiros impostos de escopo específico, no caso, a manutenção da seguridade social, mas sem clientela delimitada, especialmente na saúde.

Com isso, um elemento importante a se extrair da Constituição de 1988 é que as fontes de financiamento da seguridade social, conforme previsão do art. 195, não possuem a mesma natureza jurídica, pois, com exceção das contribuições previdenciárias, ao possuem clientela claramente definida e identificada, subsumindo-se aos parâmetros do imposto<sup>12</sup>.

A insistência de custear a saúde por meio de contribuições sociais decorre, em larga medida, de premissas liberais sobre a atuação do Estado, muito superadas com o advento da Constituição de 1988. É certo que, em suas origens, o Estado Social demandava novas fontes de financiamento para atividades que, até então, lhe eram estranhas. Daí o substrato da parafiscalidade que produz, na atualidade, as contribuições sociais. Todavia, no presente contexto histórico e normativo, somente com grande dificuldade poderia alguém apontar a saúde como atividade estranha ao Estado. Foi transformada em encargo estatal básico e prestação universal, o que, pela regra geral do direito financeiro, demanda custeio por meio de impostos<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Neste sentido, ver TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>13</sup> Sobre a elaboração e execução do orçamento público, ver ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O contexto atual de financiamento impede, em alguma medida, que se faça, por meio do orçamento, escolhas adequadas do gasto público. No momento em que a estrutura normativa fixadora das imposições fiscais mistura contribuições de diversas naturezas com impostos, cada qual buscando objetivos diversos, como saúde e educação, por exemplo, perde-se a percepção global da matéria e, como decorrência, há escolhas orçamentárias que não permitem percepção global dos melhores interesses da sociedade brasileira. Não somente por tal motivo, o modelo brasileiro deveria ser fundamentado unicamente em impostos<sup>14</sup>.

## 5 REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio: Forense, 2015.
- DE BARROS, A. B. Buys. **Um Ensaio Sobre a Parafiscalidade**. Rio: José Konfino, 1956.
- FERNANDES, Simone Lemos. **Contribuições Neocorporativas na Constituição e nas Leis**. Belo Horizonte: Delrey, 2005.
- GIAMBIAGI, Fabio; TAFNER, Paulo. **Demografia – A Ameaça Invisível**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. **Derecho Financiero**. 2. ed. Buenos Aires: Palmas, 1970. v. II.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A Previdência Social no Estado Contemporâneo – Fundamentos, Financiamento, Regulação**. Niterói: Impetus, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

---

<sup>14</sup> Sobre a crítica ao modelo de financiamento da proteção social no Brasil, ver o meu *A Previdência Social no Estado Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Impetus: 2011.

# LIBERDADE DO LEGISLADOR ORÇAMENTÁRIO E NÃO-AFETAÇÃO – CAPTURA *VERSUS* GARANTIA DOS *DIREITOS SOCIAIS*

*Fernando Facury Scaff<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Posição da Questão; 2. Definindo conceitos: Vinculação, Afetação, Referibilidade e Despesas obrigatórias; 3. Liberdade do Legislador Orçamentário e Vinculação de Receitas; 4. A luta por um pedaço da arrecadação pública “para chamar de seu”; 5. Um exemplo de conquista de verbas no debate orçamentário anual: o caso das Universidades Estaduais paulistas; 6. Conclusões; 7. Referências.

## 1 POSIÇÃO DA QUESTÃO

O foco deste trabalho é analisar como a jurisprudência do STF tem tratado o princípio da Não Afetação, que veda a vinculação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas, com algumas exceções, o qual foi constitucionalizado no art. 167, IV, assim grafado:

**Art. 167.** São vedados:

*IV – 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, § 8.º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.*

---

<sup>1</sup> Professor da Universidade de São Paulo. Livre docente e Doutor em Direito pela USP. Professor da Universidade Federal do Pará. Advogado. Sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff – Advogados.

Entende-se que se trata de uma norma de grande importância para o sistema de liberdades públicas no país, e que muitas vezes é mal compreendida no contexto em que vem sendo analisada, relegada a uma simples questão de organização e método orçamentário, o que, como será demonstrado, não é.

Trata-se de uma regra que veicula o valor *liberdade*, pois permite que o legislador orçamentário disponha, durante seu mandato, de recursos financeiros para implementar seu programa de governo, consoante as diretrizes estabelecidas pela Constituição. A norma concretiza a *liberdade do legislador orçamentário*, com exceção para a vinculação da receita de impostos para gastos com saúde e educação, o que é uma *garantia financeira para a efetivação desses direitos sociais*.

A busca por recursos deve se dar na disputa legislativa orçamentária, e não através de vinculações normativas. Ocorre que muitas vezes grupos de pressão buscam *capturar* verbas do orçamento de forma perene, diretamente da fonte de receitas, *congelando* benefícios que ficariam *blindados* contra mudanças legislativas que podem ocorrer de ano para ano, fruto do processo orçamentário. O que é assegurado pela Constituição apenas para a efetiva fruição dos direitos fundamentais referentes à saúde e educação, como exceção à tal *liberdade*, corre o risco de se tornar um feudo de benefícios nada republicanos.

Até aqui o STF tem conseguido evitar que essa fonte especial assecuratória de receitas seja utilizada de forma generalizada, conforme será demonstrado.

Marco Aurélio influenciou toda uma geração de juristas da área do direito tributário e financeiro.

Um primeiro marco foi seu voto exemplar no RE 166.772-2, nos idos de 1994, que tratou da carga construtiva da Constituição e de seu alcance político, quando liderou a divergência que acabou por declarar inconstitucional a contribuição social que havia sido instituída sobre os administradores e autônomos.

Mesmo nos votos vencidos, a posição de Marco Aurélio revela conhecimento da matéria e dá valiosos instrumentos quem debate o assunto, como advogado ou professor, como se vê na ADI 3273, que tratava do regime jurídico da exploração do petróleo no Brasil, ou no RE 198.088, em que se discutia a norma constitucional do art. 155, § 2º, inc. X, letra b, sobre a não incidência de ICMS sobre as vendas interestaduais de combustíveis e energia elétrica.

Estes 25 anos de judicatura de Marco Aurélio no STF revelam um julgador de posições jurídicas determinadas, que tem exercido no âmbito do STF seu ministério com sabedoria e qualidade.

## 2 DEFININDO CONCEITOS: VINCULAÇÃO, AFETAÇÃO, REFERIBILIDADE E DESPESAS OBRIGATÓRIAS

*Vinculação da receita* corresponde a um *liame normativo* (constitucional ou legal), unindo a *receita* a certa *despesa*, *órgão* ou *fundo*. Trata-se de um conceito *relacional*. No Brasil, pós-Constituição de 1988, é vedada a vinculação da receita da espécie tributária *imposto*, sendo admitida a vinculação das demais espécies de receita<sup>2</sup>. A norma constitucional, do art. 167, IV, veicula o que se convencionou chamar de *Princípio da Não Afetação*<sup>3</sup>. Regis Fernandes de Oliveira menciona que

*o salutar princípio significa que não pode haver mutilação de verbas públicas. O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecada-*

<sup>2</sup> Na Constituição anterior, a vedação se referia a *tributos* e não a *impostos*. Ver SCAFF, Fernando Facury. Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1139. Nesse trabalho afirmei: “*Todavia, como interpretar o art. 4º, II, do CTN, acima transcrito, que menciona que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a destinação legal do produto da sua arrecadação? Entendo que o art. 4º, II, do CTN, após o advento do art. 167, IV, da Constituição Federal de 1988, somente é aplicável para os impostos, uma vez que aquela norma constitucional manteve o Princípio da Não-Afetação apenas para esta espécie tributária, e não para as demais, como na Carta de 1967-69. Não se há de esquecer que a Lei 5.172/66 surgiu em decorrência da Emenda Constitucional 18 à Constituição de 1946, tendo sido instituída como lei ordinária, recebendo apenas posteriormente a denominação de Código Tributário Nacional, em razão do art. 7º do Ato Complementar 36, de 13.03.1967. Foi a jurisprudência do STF que lhe reconheceu com status de norma geral de direito tributário, suprimindo a exigência surgida com a EC 1/69 (art. 18, § 1º), que exigia que este tipo de normas gerais passasse a ser veiculada através de lei complementar, o que não existia no texto original da CF/67. Neste sentido é que advogo que o art. 4º, II, do CTN, teve seu sentido restringido pelo art. 167, IV, da Constituição de 1988, que estabeleceu que o Princípio da Não-Afetação diz respeito apenas à teoria geral dos impostos, e não à teoria geral dos tributos. Desta maneira, entendo que: a) a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, b) porém, a destinação legal do produto da sua arrecadação somente é importante para a qualificação dos impostos, e não dos tributos em geral, em face do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 167, IV), que reduziu a liberdade de conformação do legislador para a construção do orçamento, deixando livre apenas os impostos, e não os demais tributos, que permanecem vinculados à finalidade que gerou sua criação, e que deverá estar constitucionalmente estabelecida. Caso não seja destinado o produto da arrecadação dos tributos (excetuados os impostos) à finalidade que os criou, haverá inconstitucionalidade por violação ao art. 167, IV”.* A não aplicação do art. 167, IV, CF, às taxas já foi decidida pelo STF em pelo menos duas oportunidades: na ADI 3.643, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 08.11.2006, Plenário, DJ de 16.02.2007 e no RE 570.513-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. em 16.12.2008, 2ª T, DJE de 27.02.2009.

<sup>3</sup> Regis Fernandes de Oliveira, *Curso de direito financeiro* cit., p. 366.

*dado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos primordiais. Não se pode colocar o Estado dentro de uma camisa de força, minguando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir.*

A proibição da vinculação da receita de *impostos* admite exceções, que estão estabelecidas na própria Constituição. André Castro Carvalho menciona a possibilidade de serem criadas vinculações de um específico tributo ou de fração da receita pública a fins específicos ou amplos<sup>4</sup>, a depender dos objetivos que vierem a ser estabelecidos pela política econômica envolvida. Essas vinculações teriam várias funções, dentre elas a de conceder autonomia financeira para um Poder, opinião compartilhada por Maurício Conti, no que tange ao Poder Judiciário<sup>5</sup>, ou servir como garantia de contratos com o poder público<sup>6</sup>.

Outro conceito é o de *afetação*, que possui correlação com *finalidades*. Enquanto a *vinculação* cria um *liame normativo* entre receita e despesa, a *afetação* diz respeito a uma finalidade a ser realizada com aquela despesa<sup>7</sup>. A *vinculação* é um *instrumento financeiro formal*, enquanto a *afetação* é uma *técnica financeira de conteúdo*, pois cria um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia.

Na prática, os dois conceitos se entrelaçam, embora tenham conotações distintas. Ou seja, as exceções ao princípio da Não-Afetação permitem que sejam criadas *vinculações* normativas *afetando* a receita de impostos aos gastos com saúde e educação. Por exemplo, na Constituição brasileira há *vinculação* (liame) de 18% da receita de impostos federais *afetados* (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, tudo por força do art. 212.

Há de distinguir esses dois conceitos (*afetação* e *vinculação*) da *distribuição do produto da arrecadação*<sup>8</sup>, que é pertinente ao sistema de *repartição* da receita, de federalismo fiscal, de rateio de valores entre entes

<sup>4</sup> CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-26.

<sup>5</sup> CONTI, Ver José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP, 2006. p. 150. Para esse autor a eventual criação de vinculações de impostos ao Poder Judiciário não violaria a regra da *não afetação*, em razão de que a separação de poderes é uma cláusula pétreia.

<sup>6</sup> CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas...**, *Op. cit.*, p. 129 e ss.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 22 e ss.

<sup>8</sup> Essa distinção, sob outra nomenclatura e enfoque, é feita por CORREIA FILHO, Celso de Barros. *Repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo fiscal**: questões contemporâneas, Florianópolis: Conceito, 2012. p. 197-216.

federados. O conceito de *vinculação da receita* diz respeito a um liame estabelecido entre aquela receita e uma determinada despesa, órgão ou fundo, obedecidas as ressalvas normativas. *Vinculação* não é um *rateio federativo*, mas a criação de um *elo normativo de ligação* da receita a uma finalidade – a uma *afetação*.

A *distribuição do produto da arrecadação* obedece a um critério espacial, geográfico; a *vinculação de receita* obedece a um critério *relacional*, que congrega a receita ao estabelecimento de uma finalidade. *Afetação é o estabelecimento dessa finalidade, que ocorre através da vinculação a uma despesa, órgão ou fundo, obedecidas as restrições normativas.*

Para aplicar esses conceitos, consulta-se Regis Fernandes de Oliveira<sup>9</sup>: o sistema de *fundos de participação* distribui o *produto da arrecadação* de forma interfederativa; o sistema de *fundos de destinação* cria *vinculação* da receita *afetando-a* a um fundo.

**Conceito próximo ao de *afetação* é o de *referibilidade*, aplicável às contribuições, espécie tributária cuja característica principal é estabelecer uma destinação para a sua arrecadação, sem que haja uma vinculação formal entre receita e despesa.**

Na verdade, não é sequer necessário que seja criado um *vínculo normativo formal* entre a arrecadação das contribuições e sua destinação. Pode-se dizer que a *referibilidade das contribuições* é um tipo de *afetação* sem liame normativo formal e específico. O *liame da referibilidade* decorre do próprio *tipo tributário* das contribuições.

Assim, a extinta CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira tinha sua arrecadação *referida* aos gastos com saúde; a arrecadação do PIS deve ser *referida* aos gastos com o seguro-desemprego; a arrecadação das contribuições previdenciárias deve ser utilizada para custeio do regime de aposentadoria e pensões, e assim por diante.

Quando o Estado opta por arrecadar através de contribuições, já traz uma necessária *referência* quanto à sua aplicabilidade no tipo de gasto que gerou a imposição através da via tributária eleita.

Pode ocorrer, contudo, que seja previsto um liame *vinculativo formal*, como ocorre no caso da CIDE, art. 177, §2º, II, CF, que estabelece destinação específica para sua arrecadação.

Conceito distinto dos anteriores é o de *despesa obrigatória*, ou *gasto obrigatório*, também conhecido como *despesas de execução obrigatória*. “Diferentemente da vinculação da receita, a despesa obrigatória resulta

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro...*, *Op. cit.*, p. 312 e ss.

da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la”, segundo Giacomoni<sup>10</sup>.

São essas despesas obrigatórias as principais responsáveis pela rigidez do orçamento, pois quanto maiores, menos espaço haverá para a discricionariedade do legislador<sup>11</sup>. As *vinculações* atrelam recursos a finalidades estabelecidas normativamente – existe uma fonte de recursos para satisfazer aquela fonte de despesa. Nas *despesas obrigatórias* não existe a direta fonte de recursos. São despesas dessa natureza os gastos com pessoal, os encargos da dívida pública e os gastos previdenciários, dentre outras.

É a quantidade de *despesas obrigatórias* que engessa o orçamento e faz com que a discussão sobre sua natureza obrigatória ou vinculada tenha ficado apenas nas franjas das disponibilidades econômicas remanescentes. Adilson de Abreu Dallari bem demonstra isso ao afirmar que:

*O antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da plethora de normas que não deixam sombra de dívida quanto ao fato de que o sistema de orçamentos é, na verdade, um subsistema do conjunto articulado de projetos e programas que devem orientar o planejamento governamental, o qual, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público*<sup>12</sup>.

André Castro Carvalho menciona que “a despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao *gasto no exercício financeiro*, diferentemente da vinculação<sup>13</sup>. Aqui há uma discordância com o referido autor, pois ele coloca a ênfase distintiva na *temporalidade* para a realização do gasto público, ao mencionar que “*obriga ao gasto no exercício financeiro*”<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro...**, *Op. cit.*, p. 354.

<sup>11</sup> Francisco Sergio Rocha esclarece esse jogo entre os Poderes na atividade orçamentária: “O orçamento é muito mais do que uma previsão de receita e estimativa de despesa em um contexto de controle político, surgindo como um mecanismo de planejamento, aplicação e controle sobre o recurso público, procedendo a uma interação entre Executivo e Legislativo na efetivação das políticas públicas em observância ao comando da Constituição”. (Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 742.

<sup>12</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. Orçamento impositivo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 327.

<sup>13</sup> CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas...**, *Op. cit.*, p. 120.

<sup>14</sup> Em outra parte, torna ainda mais clara a distinção que efetua, ao escrever que: “já a despesa ou gasto obrigatório é, como o próprio nome diz, *mandatório*: exige que o ente federativo gaste certo percentual de sua receita pública total ou de alguma espécie tributária



De fato, observando-se o art. 212, *caput*, é literal a menção que “A União **aplicará**, anualmente, nunca menos de dezoito (...) por cento (...) da receita resultante de impostos (...) na manutenção e desenvolvimento do ensino”. O mesmo se verifica no § 2º do art. 198, onde se encontra literalmente, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **aplicarão**, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre (...)”.

Ocorre que o verbo utilizado pelas duas normas é “*aplicar*”, que nem sempre pode ser entendido como “*gastar*”, podendo sê-lo também como *entregar, atribuir, conferir, dirigir* dentre vários outros. As duas normas transcritas, dessa forma, podem ser interpretadas como uma regra de *vinculação* (liame) anual, que carrega fração do dinheiro *anualmente* arrecadado mediante uma fonte de recursos, *afetando-o* a uma despesa estabelecida. A *temporalidade* diz respeito ao total anualizado da receita que está *vinculada* a uma finalidade, e não ao *gasto obrigatório* com essa finalidade. Claro que haverá o gasto público naquela específica atividade, senão, qual a razão da arrecadação, da vinculação e da afetação? *Não há a obrigação de gastar todo o valor afetado no mesmo exercício financeiro em que a receita tiver sido arrecadada*. Essa é a diferença: a *temporalidade*.<sup>15</sup> Existe a obrigação de gastar os recursos vinculados, obedecida a afetação, mas não no mesmo exercício financeiro.

Essa interpretação encontra-se formulada pelo STF na ADI 2.925-DF, julgada em 19.12.2004, em que foi relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, na qual foi mantida a vinculação dos recursos arrecadados a título de CIDE – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico de um exercício financeiro para outro. O *obiter dictum* do Min. Carlos Mário é revelador dos debates havidos em Plenário:

*Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não po-*

---

*específica (comumente impostos) em um programa social dentro do exercício financeiro. É facilmente perceptível essa distinção quando a Constituição Federal, por exemplo, inscreve que os entes federativos deverão aplicar **anualmente** (art. 212, **caput** e 198, § 2º) determinado percentual sobre as receitas em saúde e educação”. CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas...**, *Op. cit.*, p. 121.*

<sup>15</sup> Sobre direito financeiro e gastos com saúde, ver HABER NETO, Michel. **Tributação e financiamento da saúde pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, e também MARTINS, Carolina Machado Freire. **Os efeitos da judicialização da saúde no orçamento público federal**: a desprogramação da assistência farmacêutica, dissertação de mestrado apresentada e aprovada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013, mimeo. Sobre a judicialização do direito à saúde, ver NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

*de gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal*<sup>16</sup> (...). *Volto a repetir, não estou dizendo que o Governo deve gastar, isso é um ato político, não pode é desvincular o produto da arrecadação daquilo que está expressamente estabelecido na Constituição*<sup>17</sup>.

Pode acontecer que esse *gasto obrigatório* venha a ocorrer em um ou mais exercícios, mas não poderá ser realizado em outra finalidade que não a prevista na *afetação* estabelecida e com, pelo menos, as receitas que tiverem sido a ela *vinculadas* (caso tenham sido), podendo ser com outras, se outras fontes de recursos forem destinadas.

Esse conceito de *gasto obrigatório* pode ocorrer (a) *por força de norma* que crie vinculações e afetações; como também pode decorrer de (b) sua *própria natureza*, como, por exemplo, os *gastos obrigatórios orçamentários* com pagamento de pessoal e seus encargos ou o pagamento do serviço da dívida pública<sup>18</sup>. A Lei de Responsabilidade Fiscal ampara a manutenção do saldo desses recursos vinculados à mesma finalidade em exercícios financeiros diversos<sup>19</sup>.

Na verdade, são quatro os conceitos envolvidos e correlatos:

- a) o de *vinculação*, que permite a criação do liame normativo entre receita e despesa;
- b) o de *afetação*, que estabelece a *finalidade* da despesa/destinação dos recursos;
- c) o de *referibilidade das contribuições*, que decorre da própria espécie tributária adotada, que cria uma espécie de *afetação* entre receita e despesa, próprio da espécie tributária *contribuições*;
- d) e o de *gasto obrigatório*, que obriga a realização de uma despesa sem que necessariamente existam recursos a ela *vinculados*.

### 3 LIBERDADE DO LEGISLADOR ORÇAMENTÁRIO E VINCULAÇÃO DE RECEITAS

Os conceitos acima expostos são importantes para tentar desfazer algumas dúvidas recorrentes, em especial as que entendem que há *afetação* nas transferências interfederativas obrigatórias.

---

<sup>16</sup> Acórdão na ADIn 2.925, p. 175.

<sup>17</sup> Acórdão na ADIn 2.925, p. 180.

<sup>18</sup> Esses dois exemplos, inclusive, encontram-se “blindados” no sistema orçamentário brasileiro, pois a Constituição impede que o Congresso Nacional modifique a proposta de lei orçamentária anual enviada pelo Poder Executivo quanto ao que tiver sido estabelecido para gastar nessas rubricas – art. 166, § 3.º, II.

<sup>19</sup> LC 101/00, art. 8º.

Vê-se que o art. 167, IV, que criou o assim chamado *Princípio da Não Afetação*, traz em seu bojo as seguintes distintas prescrições normativas:

- a) *Afetação* de impostos para gastos com saúde (art. arts. 198, § 2º, CF), e para gastos com educação (art. 212, CF);
- b) *Distribuição do produto da arrecadação* (via Fundos de Participação para Estados e Municípios, conforme os arts. 158 e 159, CF), o que se constitui em um preceito de *federalismo fiscal*;
- c) *Prioridade* na alocação de recursos para os serviços de administração tributária, consoante o que estabelece o art. 37, XXII, CF, e que se caracteriza como uma orientação de preferência na alocação de recursos quando forem estabelecidas as prioridades orçamentárias; e
- d) *Garantia de operações financeiras*, que podem ser:
  - d.1) Para as operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (as comumente denominadas *operações de ARO* – Antecipação de Receita Orçamentária, previstas no art. 165, §8, CF) ou
  - d.2) Para que os Estados, Distrito Federal e Municípios prestem à União garantia ou contragarantia em empréstimos ou para o pagamento de débitos que possuam com a União (art. 167, §4º, CF).

Centrando nossas atenções ao tema *vinculações*, dentro do art. 167, IV, CF, Giacomoni lembra que em nenhuma época se viu a utilização desse mecanismo aplicado de maneira tão generalizada<sup>20</sup> embora alguns dos conceitos utilizados para *afetar* essas *vinculações* sejam de tal maneira abertos e vagos, que possibilitam uma “grande flexibilidade alocativa ‘por dentro’ dessas vinculações, que permite a escolha de distintos programas ou ações como beneficiárias desses recursos”, como ressaltam Franselmo Araújo Costa e Hélio Martins Tolini<sup>21</sup>.

Na verdade, o que é veiculado através do art. 167, IV, CF, é o princípio da Liberdade do Legislador Orçamentário, a fim de que os representantes do povo que venham a ser eleitos possam ter verbas disponíveis, sem atrelamentos, para poder cumprir as tarefas políticas que a sociedade lhe impôs. É através dos recursos dos impostos que serão realizadas as políticas

<sup>20</sup> GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro...**, *Op. cit.*, p. 332.

<sup>21</sup> COSTA, Franselmo Araújo; TOLINI, Hélio Martins. Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 953.

públicas comprometidas através das eleições periódicas. Exatamente por esse motivo que os impostos não devem estar atrelados a órgão, fundo ou despesa, permitindo que o legislador estabeleça as prioridades durante seu mandato, o que ocorre orçamentariamente através do sistema de planejamento financeiro previsto na Constituição: PPA – Plano Plurianual, LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e LOA – Lei Orçamentária Anual. Observe-se que isso impõem debates parlamentares periódicos sobre o destino da arrecadação, enquanto que as verbas *vinculadas* são *carimbadas*, afastando do debate parlamentar esses valores, que desde antes são atrelados às finalidades estabelecidas. Tais finalidades só podem ser aquelas determinadas pela Constituição, conforme assevera Heleno Torres:

*A Constituição Financeira visa garantir a certeza do direito e a estabilidade sistêmica ao longo de toda aplicabilidade das competências do direito financeiro, segundo princípios e valores uniformes, nos limites dos direitos e liberdades fundamentais, com a máxima efetividade das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social*<sup>22</sup>.

Observa-se que o art. 167, IV, CF, estabelece que devem estar excepcionadas dessa *liberdade* certos impostos obrigatoriamente afetados a finalidades educacionais e sanitárias. Justamente por essa característica é que em outro texto denominei de *garantia financeira dos direitos sociais* essas *vinculações de recursos* ao exercício desses direitos fundamentais<sup>23</sup>.

A receita de impostos, excepcionada estas vinculações, e obedecidas as transferências obrigatórias federativas, devem estar livres para que o Legislador aponte as prioridades para seu uso.

O fato é que há uma busca desenfreada pela afetação de parcelas do orçamento pelos vários setores da sociedade. Enquanto os gestores centrais do orçamento lutam para desvincular receitas, os gestores setoriais buscam vinculá-las, pois, para estes, contar com recursos vinculados é um conforto, pois “*não precisam disputar esses recursos com os demais gestores durante a elaboração e aprovação do orçamento*”, segundo a análise de James Giacomoni<sup>24</sup>. Pode-se dizer que todos buscam *capturar* uma fração das receitas orçamentárias *para chamar de sua*, a fim de não necessitar dis-

<sup>22</sup> TORRES, Heleno. **Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: RT, 2014. p. 75.

<sup>23</sup> SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). **A eficácia dos direitos sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 22-53.

<sup>24</sup> GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 332.

putar com os demais setores da sociedade e, assim, amarrar o legislador orçamentário de forma perene àquele gasto público.

A análise jurisprudencial que será feita adiante demonstrará esta busca desenfreada de vários setores da sociedade em busca de vinculações orçamentárias para poder “*chamar de seu*” um pedaço da arrecadação pública, à margem do art. 167, IV, CF.

#### 4 A LUTA POR UM PEDAÇO DA ARRECADAÇÃO PÚBLICA “*PARA CHAMAR DE SEU*”

a) Por parte de setores empresariais

Um caso de busca de *captura* de parcela da arrecadação por parte de empresários do setor da construção civil pode ser encontrado no RE 183.906/SP, julgado em 1997, tendo por Relator o Ministro Marco Aurélio, que apreciou a constitucionalidade da Lei paulista 6556/89, através da qual foi majorada a alíquota do ICMS de 17% para 18%, ficando consignado que esse valor deveria ser afetado ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A. e utilizado para o financiamento de programas de habitação popular. A ementa do acórdão ficou assim lavrada:

**Imposto. Vinculação a órgão, fundo ou despesa.** *A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. A regra apanha situação concreta em que lei local implicou majoração do ICMS, destinando-se o percentual acrescido a um certo propósito – aumento de capital de caixa econômica, para financiamento de programa habitacional. Inconstitucionalidade dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei 6.556, de 30.11.1989, do Estado de São Paulo.*

Registre-se que, neste caso, a posição do STF foi de que não só a vinculação era inconstitucional, por violação do art. 167, IV, CF, mas também a imposição tributária, o que acabou por determinar a devolução aos contribuintes do um ponto percentual de ICMS que houvera sido majorado.

A despeito do trânsito em julgado dessa ação, o assunto permaneceu em debate, pois o Estado de São Paulo, manteve a exigência desse acréscimo tributário e sua vinculação através das Leis estaduais 7.003/90, 7.646/91 e 8.207/92, as quais foram declaradas inconstitucionais através dos RE 188.443 e 213.739 (julgados em 1998), ambos relatados pelo Ministro Marco Aurélio.

Posteriormente ao julgamento inicial, ocorrido em 1997, o Estado de São Paulo editou a Lei 9.903/97, através da qual foi majorada a alíquota do ICMS de 17% para 18%, por um ano (art. 1º), e, ao invés de afetar essa

majoração ao aumento de capital da Caixa Econômica estadual, ou estabelecer que seria usado para programas de habitação popular, a Lei dispôs no art. 3º apenas que “*O Poder Executivo publicará, mensalmente, no Diário Oficial do Estado, até o dia 10 (dez) do mês subsequente, a aplicação dos recursos provenientes da elevação da alíquota de que trata o art. 1º*”. Ou seja, ao invés de afetar o aumento da alíquota à determinada finalidade, simplesmente estabeleceu que esse valor deveria ser objeto de publicação específica acerca da aplicação dos recursos decorrentes da majoração do tributo. Essa norma foi levada ao STF através do RE 585.535/SP, tendo por relatora a Ministra Ellen Gracie, em julgamento ocorrido em 2010, que não declarou a inconstitucionalidade da norma estadual. Entendeu o Tribunal que, dessa feita, não estaria havendo infringência ao art. 167, IV, CF, pois não haveria afetação do tributo a uma prévia e específica despesa, mas sim dentro do plano geral de governo do Estado, tendo sido confirmada a majoração do tributo.

A alíquota interna padrão do ICMS paulista permanece em 18% até os dias atuais, tendo sido perenizado o aumento provisório criado em 1989 e sucessivamente prorrogado. Como a afetação foi declarada inconstitucional (RE 183.906/SP, 188.443 e 213.739) e a majoração constitucional (no RE 585.535/SP), o “naco” do orçamento pretendido por esse setor da economia não foi mais dirigido necessariamente para essa finalidade, devendo ser buscado no debate orçamentário o recurso pretendido. Assim, a vinculação da receita pública para a construção civil desapareceu, mas a majoração da incidência permaneceu, onerando toda a sociedade envolvida.

Outro caso de busca de afetação por setores empresariais ocorreu no Estado de Santa Catarina, através do qual buscava-se, através de Emenda Constitucional estadual, que parte da receita do Estado fosse destinada a programas de desenvolvimento do setor primário da economia. O caso pode ser visto na ADI 1.759, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, em 2010. A ementa ficou assim grafada:

*Ação direta de inconstitucionalidade contra o inc. V do § 3 do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela EC 14, promulgada em 10.11.1997. Vinculação, por dotação orçamentária, de parte da receita corrente do Estado a programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. Inconstitucionalidade. Afronta à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo em tema de diretrizes orçamentárias. Precedentes. Violação ao art. 167, IV, da Constituição. Precedentes.*

Muitos programas de desenvolvimento de setores da economia buscam fontes próprias de financiamento, abocanhando nacos do orçamento,

o que reforçaria sua rigidez, como pode ser visto neste caso do Distrito Federal, cuja norma de incentivos fiscais relacionada ao IPVA foi declarada inconstitucional em julgamento ocorrido em 2006, tendo por relator o Ministro Eros Grau na ADI 1.750 (que confirmou a Medida Cautelar concedida anteriormente, cujo relator fora o Ministro Nelson Jobim):

*É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. O ato normativo atacado faculta a vinculação de receita de impostos, vedada pelo art. 167, IV, da CB/1988. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.*

O mesmo ocorreu na ADI 1374, julgada em 1995, tendo por relator o Ministro Carlos Mário, relativamente a uma Emenda à Constituição do Estado do Maranhão, em que se buscava vincular 5% da arrecadação do Estado e de todos os Municípios para a produção de alimentos básicos. A tentativa de *captura de recursos* foi julgada inconstitucional pelo STF.

Embora o STF não tenha caracterizado como um caso de *vinculação*, a decisão abaixo é paradigmática acerca da busca de setores da sociedade por um naco do orçamento. Um incentivo fiscal concedido sob o pálio de incentivo ao esporte, por exemplo, pode esconder, na verdade, um benefício individual disfarçado. É o caso da ADIn 4.259/PB, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 2010, na qual foi analisada a Lei estadual da Paraíba 8.736/2009 que instituiu o Programa Acelera Paraíba, onde os contribuintes poderiam compensar valores pagos de ICMS destinando-os a incentivar os “pilotos de automobilismo nascidos e vinculados ao Estado da Paraíba”.

No caso, a despeito de não haver propriamente uma *vinculação fiscal* – pelo que se depreende do acórdão, havia um sistema de *patrocínio fiscal*, com *direcionamento* do imposto pago –, apenas um piloto paraibano preenchia os requisitos da norma para se habilitar a receber o valor de R\$ 1 milhão estabelecido como limite por aquela Lei. A decisão do STF no referido acórdão foi de suspender seus efeitos até decisão final da Corte, por infringência ao Princípio da Impessoalidade. Ou seja, o que aparentemente veiculava uma regra geral de incentivo ao esporte estava concedendo benefício fiscal individual e pessoal.

O setor de combustíveis, energia elétrica e serviços de comunicação do Estado do Rio Grande do Sul também buscou obter benefícios fiscais através de uma fórmula financeira bastante interessante, mas que foi considerada inconstitucional pelo STF. A Lei estadual 12.223, de 03.01.2005

criou o Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, através do qual foi concedido crédito presumido de ICMS às empresas que atuavam nesses setores.

A Procuradoria Geral da República argumentou de forma dúplice para inquirir de inconstitucional a referida norma, atacando a necessidade de Convênio do CONFAZ, desonerativo do ICMS, na forma da Lei Complementar 24/75, o que infringiria o art. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição, bem como pela infringência ao art. 167, IV da Constituição, pois criaria uma espécie de *vinculação*, uma vez que a doação a esse Fundo permitiria que houvesse o creditamento presumido de ICMS.

A decisão do STF, em acórdão da lavra da relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 2007, afastou a primeira infringência e centrou fogo na segunda, demonstrando a existência de *vinculação*, ao arrempio do art. 167, IV, CF. A ementa ficou assim lavrada (excerto):

*2. O Diploma impugnado não representa verdadeiro e unilateral favor fiscal conferido a determinado setor da atividade econômica local, pois, conforme consta do caput de seu art. 5º, somente o valor efetivamente depositado a título de contribuição para o fundo criado é que poderá ser deduzido, na forma de crédito fiscal presumido, do montante de ICMS a ser pago pelas empresas contribuintes.*

*3. As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta Magna, com a natureza dessa espécie tributária. Precedentes: ADI 1.750-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, ADI 2.823-MC e ADI 2.848-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão.*

b) Por servidores públicos:

O STF também analisou um caso do Estado de Santa Catarina no qual servidores públicos buscavam vincular *superávits arrecadatários* para reajuste de vencimentos. Essa vinculação foi também reputada inconstitucional através do RE 218.874, julgado em 2007, tendo por relator o Ministro Eros Grau:

*Reajuste automático de vencimentos vinculado à arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Inconstitucionalidade. LC 101/93 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado -membro, vinculado ao incremento da arrecadação do*



*ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos arts. 37, XIII; 96, II, b; e 167, IV, da CB. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando -se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da LC 101/93 do Estado de Santa Catarina.*

Constata-se que a pretensão dos servidores públicos se caracterizaria quase como uma apropriação dos superávits arrecadatários em benefício do reajuste monetário da categoria. O STF considerou inconstitucional a pretensão, sob o argumento da violação do art. 167, IV, CF, embora a vinculação não fosse diretamente referida à arrecadação dos impostos, mas ao superávit arrecadatário, que pode ocorrer sobre diversas formas, através de receitas tributárias de taxas ou receitas patrimoniais.

c) Busca da afetação, ou sua ampliação, por setores sociais

Aqui se analisa a busca da ampliação da vinculação constitucionalmente prevista pelos setores de educação e de saúde, ou a busca por vinculações em outros setores sociais.

O STF já declarou inconstitucional texto de Emenda Constitucional estadual em que foi estabelecida a ampliação da afetação da receita de impostos para o setor de saúde. Isso ocorreu através da ADI 1.848, julgada em 2002, referente ao Estado de Rondônia, tendo por relator o Ministro Ilmar Galvão. Foi proponente da referida ADI o Governador do Estado. A ementa do acórdão da Medida Cautelar ficou assim lavrada:

**Ação direta de inconstitucionalidade. Estado de Rondônia. § 1º do art. 241 da constituição estadual, inserido pela emenda constitucional 7/97. Alegada violação ao inc. IV do art. 167 da constituição federal. Cautelar deferida.** *A disposição da Constituição do Estado de Rondônia, ao prever que se aplique nunca menos de dez por cento da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, no sistema de saúde, vincula a receita tributária em hipótese não enquadrada nas ressalvas do inc. IV do art. 167 da Constituição Federal. Cautelar deferida.*

Caso interessante, que mescla federalismo fiscal e interesses indígenas pode ser visto na ADI 2.355-MC, relatada pelo Ministro Celso de Mello, julgada em 2002, relativamente ao Estado do Paraná. No caso, o Estado buscava determinar que os Municípios aplicassem em áreas indígenas 50% do ICMS a eles transferido por determinação constitucional. A Procuradoria Geral da República propôs a ADI, que acabou declarando inconstitucional a norma estadual, e que ficou assim ementada:

*Lei estadual que determina que os Municípios deverão aplicar, diretamente, nas áreas indígenas localizadas em seus respectivos territórios, parcela (50%) do ICMS a eles distribuída. Transgressão à cláusula cons-*

*titucional da não afetação da receita oriunda de impostos (CF, art. 167, IV) e ao postulado da autonomia municipal (CF, art. 30, III). Vedação constitucional que impede, ressalvadas as exceções previstas na própria Constituição, a vinculação a órgão, fundo ou despesa do produto da arrecadação de impostos. Inviabilidade de o Estado-membro impor ao Município a destinação de recursos e rendas que a este pertencem por direito próprio. Ingerência estadual indevida em tema de exclusivo interesse do Município. Doutrina. Precedentes. Plausibilidade jurídica do pedido. Configuração do periculum in mora. Medida cautelar deferida.*

Por outro lado, em 2009 o STF, através da ADI 2.447, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa, declarou que não haveria violação do art. 167, IV, CF, a Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais que estabelecia vinculação de 2% da receita orçamentária corrente ordinária para a Universidade Estadual de Minas Gerais e para a Universidade Estadual de Montes Claros e outros 7,5% para serem usados prioritariamente para a criação e implantação de cursos superiores nos vales do Jequitinhonha e do Mucuri. Isto ocorreria porque tais percentagens deveriam estar inseridas no percentual de 25% que a Constituição Federal obriga aos Estados dirigirem aos gastos com educação, consoante o art. 212. A ementa ficou assim lavrada:

*Norma constitucional estadual que destina parte das receitas orçamentárias a entidades de ensino. (...) Inexistência de violação material, em relação aos arts. 167, IV, e 212 da Constituição, na medida em que não há indicação de que o valor destinado (2% sobre a receita orçamentária corrente ordinária) excede o limite da receita resultante de impostos do Estado (25% no mínimo).*

Observa-se que, a despeito de não ter sido considerado infringido o art. 167, IV, CF, a Emenda Constitucional estadual foi declarada inconstitucional por violar o art. 165 da Constituição, que dá primazia ao Chefe do Poder Executivo para propor normas que digam respeito ao orçamento.

Esta decisão revela-se muito confusa por várias razões.

O art. 165 não diz respeito à reserva de iniciativa legislativa em caso de Emenda Constitucionais, mas apenas de três leis orçamentárias: PPA, LDO e LOA. A despeito disso, o relator, Ministro Joaquim Barbosa, entendeu que isso “não altera o juízo de violação da Constituição Federal”, e, com isso, também Emenda Constitucional sobre matéria orçamentária foi inserida como de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Também não foi discutido se seria possível incluir o custeio do ensino superior no percentual de 25% da receita resultante de impostos, previsto no art. 212, pois fora do foco prioritário a ser atendido pelos Estados, que é o ensino fundamental e médio, consoante o art. 211, §3º, CF.

Enfim, ficaram vários aspectos sem análise no presente caso, que bem poderiam ser melhor explicitados no julgamento.

Parodiando João Cabral de Mello Neto<sup>25</sup>, o setor de cultura também buscou a “parte que lhe cabe nesse latifúndio” orçamentário do Estado do Paraná, quando, através de lei estadual, foi vinculado a esse setor 0,5% da arrecadação de ICMS. O Ministro Gilmar Mendes foi o relator da ADI 2.529, julgada em 2001, que fulminou a pretensão, sob o pálio do art. 167, IV, CF:

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.133/01 do Estado do Paraná que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. Violação ao art. 167, IV, da CF. Precedentes. Ação direta julgada procedente.*

## **5 UM EXEMPLO DE CONQUISTA DE VERBAS NO DEBATE ORÇAMENTÁRIO ANUAL: O CASO DAS UNIVERSIDADES ESTADUAIS PAULISTAS**

Uma fórmula que respeita o princípio da Não-Afetação previsto no art. 167, IV, CF foi estabelecida no Estado de São Paulo para financiamento das Universidades Estaduais paulistas, USP, UNESP e Unicamp. Ao invés de atrelar as receitas de ICMS de forma perene ao financiamento dessas Unidades educacionais, o que certamente seria objeto de ações judiciais contestatórias de sua constitucionalidade, o Estado, a cada ano, inclui na Lei de Diretrizes Orçamentárias um percentual da arrecadação estadual para custear essas Universidades, que deve servir de base na elaboração da LOA estadual. Assim, tradicionalmente, há vários anos, através consenso político, juridiciza-se na LDO e na LOA paulista o percentual de 9,57% da arrecadação do ICMS vinculando-o ao custeio das Universidades estaduais mencionadas.

Periodicamente esse percentual é objeto de contestação política, como ocorreu em 2007, época em que José Serra foi governador, em que se pretendeu regular esse repasse através de decretos, ou, mais recentemente, na apresentação do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2016 (PL-DO 587/15) pelo Governador Geraldo Alckmin, em que foi proposta uma alteração na usual redação da norma, mencionando que o percentual de 9,57% da arrecadação do ICMS se tornasse o valor “máximo” a ser transferido<sup>26</sup>. Essa

<sup>25</sup> Diplomata e poeta, autor de *Vida e Morte Severina*, de onde foi tirada a paródia mencionada. Os versos são: “*Essa cova em que estás, /com palmos medida, /é a cota menor /que tiraste em vida. /É de bom tamanho, /nem largo nem fundo, /é a parte que te cabe /neste latifúndio*”.

<sup>26</sup> Texto do *caput* do artigo enviado à Assembleia Legislativa, com grifo aposto: “**Art. 4º** – Os valores dos orçamentos das Universidades Estaduais serão fixados na proposta orça-

redação não foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado, que a alterou e foi sancionada pelo Governador, tendo se transformado na Lei 15.870/15, mantendo a redação dos anos anteriores que tinham o percentual de 9,57% como “*mínimo*” e não “*máximo*” a ser transferido<sup>27</sup>.

Ou seja, é no debate político ano a ano orçamentário anual que as verbas para as Universidades paulistas são asseguradas, sem infringência ao princípio da Não-Afetação.

## 6 CONCLUSÕES

A dimensão veiculadora de *liberdades* do princípio da Não-Afetação ainda não foi devidamente reconhecida pelo STF, conforme se pode depreender das decisões acima referidas, embora esse Tribunal o venha preservando de ataques de diversos setores da sociedade que buscam assegurar uma parcela das receitas de impostos para “chamar de sua” e, assim, fugir ao desgastante e anualizado debate orçamentário, realizado nos Parlamentos.

É imprescindível que haja sua preservação para que seja possível ao legislador orçamentário alocar as receitas de impostos para fazer frente

---

*mentária do Estado para 2016, devendo as liberações mensais dos recursos do Tesouro respeitar, no máximo, o percentual global de 9,57% (nove inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – Quota-Parte do Estado, no mês de referência”.*

<sup>27</sup> O texto integral do artigo sancionado é o seguinte, com grifo apostado, na íntegra: **Art. 4º** – Os valores dos orçamentos das Universidades Estaduais serão fixados na proposta orçamentária do Estado para 2016, devendo as liberações mensais dos recursos do Tesouro respeitar, no mínimo, o percentual global de 9,57% (nove inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – Quota-Parte do Estado, no mês de referência. § 1º – À arrecadação prevista no “caput” deste artigo serão adicionados 9,57% (nove inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) das Transferências Correntes da União, decorrentes da compensação financeira pela desoneração do ICMS das exportações, da energia elétrica e dos bens de ativos fixos, conforme dispõe a Lei Complementar Federal 87, de 13.09.1996, efetivamente realizadas. § 2º – O Poder Executivo poderá dar continuidade ao programa de expansão do ensino superior público em parceria com as Universidades Estaduais. § 3º – O Governo do Estado publicará no Diário Oficial, trimestralmente, demonstrativo dos repasses para as Universidades Estaduais, contendo a receita prevista e a realizada a cada mês, disponibilizando-o por meio eletrônico pela Secretaria da Fazenda. § 4º – As Universidades Estaduais publicarão no Diário Oficial, trimestralmente, relatório detalhado contendo os repasses oriundos do Estado e de outras fontes, o número de alunos atendidos, bem como as despesas efetuadas para o desempenho de suas atividades, incluindo a execução de pesquisas.

aos gastos públicos em prol de todos, mantendo íntegra a liberdade orçamentária, cuja única ressalva vinculativa é para o direcionamento de gastos com educação e saúde, o que se caracteriza como uma *garantia financeira para a realização desses direitos sociais*.

## 7 REFERÊNCIAS

- CARVALHO, André Castro. **Vinculação de receitas públicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011.
- CONTI, Ver José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP, 2006.
- CORREIA FILHO, Celso de Barros. Repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). **Federalismo fiscal: questões contemporâneas**, Florianópolis: Conceito, 2012.
- COSTA, Franselmo Araújo; TOLINI, Hélio Martins. Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 953.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Orçamento impositivo. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011.
- GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011.
- HABER NETO, Michel. **Tributação e financiamento da saúde pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- MARTINS, Carolina Machado Freire. **Os efeitos da judicialização da saúde no orçamento público federal: a desprogramação da assistência farmacêutica**, dissertação de mestrado apresentada e aprovada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013.
- NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. *In*: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). **A eficácia dos direitos sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 22-53.
- SCAFF, Fernando Facury. Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **Direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1139.
- TORRES, Heleno. **Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: RT, 2014.



# ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

*Francisco Pedro Jucá<sup>1</sup> / Lauro Ishikawa<sup>2</sup>*

---

*Sumário: 1. Introdução; 2. Democracia e Finanças; 3. Conclusão; 4. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

O assunto sobre o qual se fará algumas reflexões, Orçamento Participativo e Democracia Representativa, nos conduz de pronto a reconhecer a vinculação indissociável entre Orçamento e Democracia. Sendo este o nosso ponto de partida.

Com efeito, é assim. O Estado exerce a soberania que, embora de titularidade da sociedade e da cidadania, se lhe atribui concretizar. O exercício desta soberania, no que se considera como sendo a face interna dela porque produzindo efeito na e sobre a sociedade, particularmente no que respeita a função de governo, lança as sua bases no exercício de uma dimensão de

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Livre Docente em Direito Financeiro pela USP. Pós Doutorado pela Universidad de Salamanca. Professor Titular da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP nos Programas de Doutorado e Mestrado. Pesquisador da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular – FUNADESP. Juiz do Trabalho da 2ª Região, Titular da 14ª Vara do Trabalho de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Magistrados e da Academia Paulista de Letras Jurídicas Sociedade Paulista de Direito Financeiro e da Sociedad Hispanobrasileña de Derecho Comparada.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador de Extensão e Professor das Faculdades Integradas Rio Branco. Coordenador Adjunto e Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Coordenador dos Cursos de Extensão do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Pesquisador da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular – FUNADESP. Advogado em São Paulo pertence a Sociedade Paulista de Direito Financeiro e a Sociedad Hispanobrasileña de Derecho Comparado.

poder, que é o poder financeiro, através do qual o Estado impõe aos indivíduos contribuições financeiras (obrigatórias), com o produto da qual desempenha suas funções, e, tudo isto, por óbvio precisa estar subordinado e condicionado ao Direito.

Ora, resta claro tratar-se de poder político, portanto, como tal, há de estar conformado com o direito como antes referido na concepção clássica a que se refere Zagrebelsky<sup>3</sup> que observa:

*Com um concepto tal (formal) de estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional e, em cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley. El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación em que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respecto a la ley, qualquiera que ésta fuese.*

A questão posta desde logo é relativa ao conteúdo ou substancialidade, na qual a submissão à ordem jurídica implica na submissão ao direito com um determinado conteúdo ético, este sim capaz e indispensável a nutrir a ordem.

Com este conteúdo tem-se um Estado que não é fim em si mesmo, nem ente cujos interesses e vontades se confundem com os da sociedade, o que nos leva a revisita da conceituação de interesse público, que deve ser entendido muito mais como aquilo estabelecido no consenso democrático da sociedade do que naquilo fixado pelo Estado através do governo, o que nos levará, como se verá mais adiante, ao direito ao bom governo.

É interessante colacionar a esta altura o que observa à respeito o jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>4</sup>:

*Administração Pública, enquanto função de um Estado que é subsidiário da sociedade, e não um conjunto de prerrogativas de um Estado Tutor, passa, com isso, a ser submetida não apenas ao tradicional crivo da legalidade, em que se demandava nada mais que a qualidade da eficácia, mas aos da licitude e da legitimidade, justificando-se, respectivamente, os reclamos pela moralidade e pela eficiência administrativas, que despontam como novos e robustos princípios constitucionais.*

Com efeito, razão lhe assiste. A vida financeira do Estado envolve o exercício de poder político fundado na soberania, naquilo que ousamos

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Marid: Trota, 2011. p. 21 ss.

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal – Finanças Públicas Democráticas**. Rio de Janeiro, 2001. p. 18-19.



denominar de “face interna da soberania”, porque exercida sobre a sociedade, e, como tal, este exercício de poder há de estar submetido ao direito, em conformidade com ele. Mas, além disso, também deve estar em conformidade com a vontade da sociedade, voltando-se real e efetivamente ao cumprimento das escolhas da sociedade, portanto, ao atendimento das demandas estabelecidas pelo consenso social prevalecente, em acomodação e ajuste de interesses concorrentes.

Atender a tais demandas implica em ação real do aparato estatal, impõe encargos, deveres recíprocos, compartilhamento de responsabilidades e encargos; tudo isto tem como fundamento a solidariedade que embasa a organização social, no que concordamos inteiramente com Lapatza, que tomando o paradigma espanhol, observa<sup>5</sup>:

*Esta Idea de solidariedad, se basa, al menos para mi, más em el puro altruismo, em la tozuda sospecha de que todos hemos contribuido – al menos, em el caso español, de forma indiscutible em los últimos cinco siglos – de um modo u outro (como consumidores, como empresários, como agricultores, como trabajadores, como inversores, etc.) a la riqueza de todos; y de la palabra pátria tiene la misma raíz de la palabra patrimônio (cfr. Corominas), um patrimônio común creado por todos, sobre el que todos tenemos ciertos derechos*

Noutras palavras, o exercício do poder político na dimensão financeira, que na idade contemporânea é substancialmente poder real, deve ir ao encontro da vontade da sociedade, não de seus governantes ou de núcleos detentores de poder, cabendo desde logo destacar ser este encontro fundamental a essência da legitimação do poder.

Isto porque se está entre os que, como o já citado Diogo Moreira Neto, entendem a democracia e a cidadania como substancialidade, como coisa essencial e capaz de operar efeitos e resultados, sendo, por isto mesmo, real. Neste aspecto, vale colacionar a reflexão do citado autor<sup>6</sup>:

*Ora, uma democracia substantiva, para ser praticada, não pode depender apenas do sufrágio eletivo de representantes; exige, cada vez mais, uma decidida abertura a uma autêntica participação, com a derrubada dos remanescentes dos muros autocráticos, da Bastilha a Berlim, mas que, infelizmente, continuam ainda erguidos nas mentes dos estatôlatras, que se revelam nas práticas governamentais anacrônicas e ilegítimas que, não obstante ironicamente rotuladas de “progressistas”, impõem altos custos e insegurança às transações econômicas e ao progresso dos povos.*

<sup>5</sup> LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Instituciones de Derecho Financiero**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 51-52.

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei...**, *Op. cit.*, p. 33.

Refletir, como proposto, sobre a instituição do Orçamento Participativo e a Democracia (Representativa) está exatamente em perceber o elemento de legitimação do exercício real de poder político nesta dimensão ou expressão, sob pena de, tendo-o em arremedo caricatural, mascarar-se o decisionismo voluntarista e autoritário dos “salvadores” e “condutores iluminados” da vida social e política, que com o discurso de governarem para as massas (populismo) acabam por produzir efeitos contrários ou conflitantes com os interesses da grande maioria da sociedade.

Com efeito, é preciso fixar que a relação contemporânea Estado-Sociedade, tem caráter essencialmente dialogal e interativo. Não mais existe a hierarquia inquestionável do Estado sobre a sociedade, sendo esta dirigida cegamente por aquele cuja legitimidade meramente formal do sufrágio periódico autoriza a decidir por seus próprios critérios, interesses e valores. Ao contrário, na relação dialogal temos a sociedade balizando seus interesses predominantes, estabelecendo as suas escolhas, controlando o caminhar na direção dos objetivos que estipula, enquanto o Estado e o Governo reforçam a sua natureza instrumental de viabilizar este processo.

Assim, a atividade financeira estatal e o exercício do poder financeiro não são livres, não são deixados ao alvedrio dos governantes, submetidos apenas ao entendimento e percepções deles. O Estado Democrático de Direito (no qual vivemos porque assim o estabeleceu o pacto político celebrado e vigorante) vai além, incorpora necessariamente um traço de racionalidade, com fixação de objetivos, prazos e metas a perseguir e alcançar, que precisam ser pactuadas depois de explicitadas e discutidas, construindo à respeito o consenso democrático legitimador. Não sem razão o mesmo, Lapatza refere<sup>7</sup>:

*Cuando el Estado y los demás entes públicos obtienen y utilizan medios dinerarios para realizar las tareas que la colectividad Le encomienda están desarrollando una actividad que tradicionalmente se conoce com el nombre de actividad financiera. Tal actividad se desarrolla, lógicamente, a partir de un proyecto o plan económico; es decir, de una decisión sobre el empleo de meidos o recursos escasos (los ingresos puboicos) susceptibles de usos (a través del gasto) alternativos (según los distinto fines que, em cada ocasión se se pretenda alcanzar). El pressupuesto es la expresión cifra de tal plan; y em él se recogen los ingresos y gastos que um ente público prevé y decide realizar em um período de tiempo determinado.*

Tal visão também quebra o paradigma estabelecido com maior ou menor sutileza, de que o Estado e o Governo são expressão “*ipso facto*” do interesse público, e que o interesse deles é o interesse da sociedade. Diversa-

<sup>7</sup> LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Instituciones de Derecho Financiero...**, *Op. cit.*, p. 139.

mente, o que se tem hoje, na dialogalidade, é um processo decisório compartilhado, a pactuação entre governantes e governados sobre os interesses e aspirações formuladas a partir dos consensos democráticos, consensos estes construídos em todas as instâncias da sociedade e na variedade das suas organizações, que tão mais saudáveis serão, quanto mais desvinculadas do Estado.

O fundamental é o estabelecimento e, mais do que isto, a manutenção do diálogo, a real transação e intermediação de interesses e demandas, capaz de materializar os consensos estabelecidos. O requisito indispensável é a legitimação da espontaneidade, a extra estatalidade. Portanto, fixados os interesses na substancialidade, superando a dimensão formal, por óbvio não se cogita de estruturas transversalmente estatizadas, tais como conselhos organizados e mantidos pelo Estado, mesmo fora de sua estrutura formal, porque nada mais são do que aparelhamento indireto, e como tal, instrumento de dominação sutil.

O que se imagina é a sociedade, por seus movimentos espontâneos, manifestando seus interesses e vontades no jogo democrático, estabelecendo consensos a partir dos quais é que se torna possível a formulação democrática das escolhas, e, em consequência, a construção dos projetos, programas e atividades, a fixação de objetivos, e, naturalmente, a determinação dos recursos financeiros e de suas fontes de suprimento para atender e dar suporte.

De certa forma, a substanciação da sociedade civil, pelas suas organizações próprias desvinculadas do Estado, é que se converte em instrumento de exercício de soberania cidadã. E, obviamente, perpassa por todo este processo o imperativo da transparência, com a demonstração clara e objetiva dos elementos financeiros, quais sejam, compromissos assumidos, custos operacionais, manutenção de atividades permanentes, obrigações para com terceiros, disponibilidade real para investimentos e perspectivas de efetivo retorno do investido para realimentar o sistema.

Como se está a ver, a concepção de Orçamento (em todas as etapas do ciclo) há de ser mais substancialmente alargada, ganhando sua real dimensão política, inclusive porque contém um conjunto de decisões políticas importantes, fundamentais até, em certos aspectos, daí a força de todo o sistema para inserir-se no universo do jurídico, de sorte que as decisões e escolhas tenham o respaldo vinculante do direito, retirando, assim, a execução do pactuado do arbítrio governamental.

É ilustrativo carrear-se a formulação de Alejandro Menéndez Moreno<sup>8</sup>, que ao iniciar a explanação sobre o conceito jurídico de orçamento, tece considerações importantes:

---

<sup>8</sup> MORENO, Alejandro Menéndez. **Derecho Financiero y Tributario, Parte General, Lecciones de Cátedra**. Valladolid: Lex Nova – Thomson Reuters, 2014. p. 403.

*El concepto de presupuesto, como observa Palao Taboada, viene determinado por la perspectiva de análisis que respecto del mismo de adopte. Así, desde el punto de vista económico, representa un plan de la actividad financiera y, por tanto, una ordenación de las necesidades públicas según su respectiva prioridad. Desde el punto de vista político, supone la adopción de decisiones de gran trascendencia para los ciudadanos, y es definitiva para el propio Estado. Y desde el punto de vista jurídico, significa que la actuación financiera de los entes públicos se encuentra sometida, vinculada a normas jurídicas. Nos centraremos, lógicamente, en ofrecer un concepto jurídico de presupuesto.*

Vê-se claramente a conexão da decisão política, das escolhas, exatamente na formação do consenso em torno das “encomiendas” da sociedade, daquilo que pretende ver realizado, e, também, da projeção do conjunto no tempo, exatamente do que se insiste quanto à elaboração de uma escala de prioridades.

O modelo abstratamente considerado precisa funcionar assim, mas, o essencial, na abordagem que se faz, é a inserção de conteúdo democrático em todo o processo, desde a elaboração, até a etapa final do controle, considerando-se que, nesta última, é que se torna possível avaliar o desempenho quanto ao alcance das metas, além de aferir os eventuais desencontros e ineficiências ao longo de tudo.

Isto implica em assumir erros e falhas, pecados mesmo até, mas também, significa criar os meios próprios para o compartilhamento de responsabilidades e das escolhas, meios e consequências, entre governantes e governados, impondo, assim, o diálogo permanente.

Nisto reside um conceito fundamental para a reflexão que se faz: democracia substancial.

A substancialidade está como necessidade em tudo. Desde a elaboração da proposta, incumbência do Poder Executivo, passando pela etapa das discussões parlamentares (via da Democracia Representativa), até a execução e posterior controle.

A substancialização preconizada inclui a Democracia Participativa, entendida por Carlos Eduardo Sell<sup>9</sup>:

*Por democracia participativa podemos entender um conjunto de experiências e mecanismos que tem como finalidade estimular a participação direta dos cidadãos na vida política através de canais de discussão e decisão. A democracia participativa preserva a realidade do Estado (e a Democracia representativa). Todavia, ela busca superar a dicotomia en-*

---

<sup>9</sup> SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política. Política e Sociedade na Modernidade Tardia**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 93.

*tre representantes e representados recuperando velho ideal da democracia grega: a participação ativa e efetiva dos cidadãos na vida pública.*

Temos que a democracia substancial, que tem como natural emanção concreta o Orçamento Participativo, não exclui o que podemos considerar como o modelo tradicional consagrado da Democracia Representativa, na qual as decisões macro são tomadas pelos representantes escolhidos pela sociedade. Diversamente, consiste antes em aprofundamento democrático. Isto porque é imperioso reconhecer que a Democracia Representativa sempre teve limitações, e estas e suas insuficiências ganham dimensão maior em nossos dias, especialmente como consequência da sociedade de massa, mormente quando marcada pela diversidade, ainda que haja real interação sinérgica.

Ora bem, as decisões políticas devem ser formuladas através dos mecanismos e instrumentos tradicionais da Democracia Representativa dos Parlamentos. Portanto, não se pode mais excluir mecanismos que podemos chamar de complementares, incluindo aí os instrumentos da democracia direta, a consulta formal à sociedade, a discussão ampla e pública, aberta à cidadania, até mesmo como “feedback” para os representantes, propiciando que “ouçam as vozes roucas das ruas” e, mais do que isto, sejam sensíveis a elas, possibilitando que se incorporem à formulação do consenso (realmente mais democrático), a manifestação popular mais direta e imediata.

Entende-se até que está inserido na representação, o contato direto entre representantes e representados, em diálogo permanente e estabelecimento de convergências capazes de superar as diversidades, noutras palavras, selecionar os fatores de unidade e harmonização como forma de superar e ultrapassar divergências.

Naturalmente que, quando se cogita de manifestações democráticas de representação, e também de participação e deliberação, tem-se aí incluído todo o processo de decisão sobre a vida financeira do Estado, seja para o estabelecimento das escolhas, seja para a elaboração da escala de prioridades e da sua projeção temporal. São estes elementos que, democratizando o processo da sua inteireza, conferem a adequada legitimidade para tudo o que deles decorre e, inclusive, para suportar medidas e atitudes de restrição e austeridade, com frustração de expectativas e anseios, mas, principalmente, possibilitando a redução dos seus efeitos como decorrência da pactuação quanto a elas. Tudo isto, sem nenhuma dúvida, é fator extremamente importante para a estabilidade social, indispensável à vida social pacífica e organizada.

É exatamente daí que emerge outro aspecto relevante para a reflexão que se faz e que podemos chamar de Cidadania Fiscal, entendendo-a

como dimensão da cidadania ínsita à condição humana, eis que ser cidadão implica em direitos e deveres recíprocos existentes e efetivos entre os indivíduos, entre os grupos sociais e entre o Estado e Governantes, com a Sociedade e os governados. Ora, esta teia de faculdades e obrigações necessariamente tem como habitat o universo do direito, porque há de estar submetido, limitado e organizado através do instrumental normativo obrigatório.

Nos dias atuais, realizar o Estado de Direito Democrático significa ir além da submissão de tudo e de todos à ordem jurídica, chegando até a participação inclusiva e total na vida social, em todas as suas dimensões. Assim sendo, a noção de cidadania, que é política, não se limita à participação na escolha formal de governantes em processos eleitorais, mas, também, no estabelecimento de demandas (exigências mesmo) dos governados, no sentido da qual, os governantes têm que agir.

O cidadão, assim, é o que se inclui na vida política, social e econômica – participa do processo na sua integralidade. Naturalmente que esta participação também encerra responsabilidade do cidadão, repudiando fortemente a omissão, porque necessária a participação efetiva no processo decisório das escolhas e das prioridades.

É verdade que tudo isto é um processo de evolução, mas já se pode ter claro que está em plena marcha, porque cada vez mais a sociedade se manifesta, quer ouvir e ser ouvida, sendo levada efetivamente em conta. Aos poucos vão se rompendo os grilhões separadores do que interessa ao Estado e aos Governantes (problema deles) e o que interessa à sociedade (problema nosso de cada dia), isto porque cresce a percepção de que as ações estatais e de governo, cada vez mais, se refletem fortemente na vida dos indivíduos, direta ou indiretamente, não raro estabelecendo controles e limitações de matiz ideológico parcial, negando a liberdade dos indivíduos.

Temos que, esta formulação que se esboça, insere-se com ajuste ao quadro dos Direitos Fundamentais por se entender que a dignidade humana (inalienável) contém parcela relevante de responsabilidade social, uma vez que os direitos do indivíduo são nutridos pelas obrigações e deveres recíprocos de uns com os outros, em simbiose essencial.

No universo dos Direitos Fundamentais está, sem dúvida, o Direito ao Bom Governo. A sociedade no seu conjunto e os indivíduos têm direito fundamental a Bom Governo, governantes que sejam capazes de legitimarem-se pela eficiência e eficácia de suas ações na busca do atendimento das demandas da sociedade, exatamente para que os ônus e encargos decorrentes destas ações sejam suportados com aceitação legitimadora, e não como imposição de poder incontrastável.

Mais uma vez é de se recorrer ao multicitado Diogo Moreira Neto<sup>10</sup> para substanciar o argumento:

*Assim, qualquer ação da Administração, supostamente fundada em algum alegado interesses público, e que, por isso, ganharia supremacia sobre os interesses dos indivíduos ou de grupos, até mesmo quando tal interesse venha assim, como público, definido em lei, não poderá prevalecer se ofender aos direitos fundamentais, sendo esta a própria essência do controle do devido processo da lei no seu sentido substantiva.*

Temos aí, o primado dos direitos fundamentais como referência norteadora do processo de governo dentro do quadro das linhas gerais das escolhas fundamentais da sociedade e que estão constitucionalmente estabelecidas. Ora bem, o atender e caminhar na direção das escolhas correta e adequadas significa o Bom Governo, que se legitima pela sua ação permanente diligente, correta e em sintonia com a sociedade. Naturalmente, isto envolve diretamente a gestão dos recursos públicos, como esclarece o mesmo Diogo Moreira Neto<sup>11</sup>:

*Ora, entre o comando substantivo da lei (o que fazer) e sua execução administrativa (o fazer), deve haver de permeio uma definição financeira de meios, também sob a forma de um instrumento legal que exprima a vontade da sociedade quanto à alocação democrática dos recursos públicos que ela transfere ao Estado (que corresponderia ao como e ao quando fazer), expressando a destinação, a quantificação e a oportunidade dos dispêndios.*

Ora, a forma de explicitação desta vontade social em parâmetros razoáveis e claros, objetivos e consequentes, é o orçamento público, tal como o define o publicista insistentemente referido<sup>12</sup>:

*Esta definição é o orçamento público, um instrumento juspolítico no qual são estimadas as receitas a serem arrecadadas, principalmente pela tributação, e fixadas as despesas a serem realizadas em proveito geral, o que o torna, portanto, o documento básico a partir do qual se poderá proceder aos necessários contrasteamentos de legitimidade dos dispêndios programados. Assim, o orçamento, possivelmente mais que qualquer outro documento de governo, é o que tem superlativas condições de refletir a democracia substantiva na ação administrativa pública, por permitir balizar, na concreção dos números, o que o povo pretende com o dispêndio dos recursos entregues aos governos, ou seja, em última análise, por-*

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei...**, *Op. cit.*, p. 47-48.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 49.

*que nele se contém uma definição monetária da tarefa que a sociedade incumbe ao Estado.*

Vê-se, do já demonstrado, a conexão indissociável entre Orçamento e Democracia, norte e referências para a reflexão que se faz neste estudo, especialmente considerando que vivemos o tempo das Finanças Públicas Democráticas, porque vivemos o Estado de Direito Democrático.

## 2 DEMOCRACIA E FINANÇAS

É interessante para a compreensão da linha desenvolvida neste estudo, uma reflexão sobre Democracia, explicitando de maneira mais clara o que se entende por democracia substantiva.

Para contrastar é interessante reproduzir a elaboração feita por Cristiane Coelho<sup>13</sup> acerca da democracia minimalista, elaborada a partir de Joseph Shumpeter:

*o arranjo institucional em que o poder de decisão é adquirido por meio de uma disputa competitiva por votos do povo. Nesse contexto, a função primordial do eleitorado é fixar quem deve exercer o poder político e, sendo tal função de fato exercida, então há que se reconhecer a existência de um sistema democrático de governo.*

Tem, assim, a sua essência na delegação de poder da sociedade para políticos eleitos, com sujeição ao crivo e oposição em próximas eleições.

A visão minimalista antes referida tem a característica de ser essencialmente formal, presumindo-se que os escolhidos representam a maioria e apenas com isto se legitimam para o exercício do poder. Com efeito, é assim. Porém, nas sociedades complexas e cheias de variações e contradições internas, em verdadeira fragmentação, a relação política estabelecida não pode ser assim tão simples e direta.

Não baste, o pacto fundamental espelhado na Constituição brasileira vigente define o Estado brasileiro como de direito democrático, e, recolhendo-se a força imperativa dos vocábulos empregados pelo constituinte, tem-se que tanto a organização quanto o funcionamento do aparato estatal estão simultaneamente submetidos ao direito (conformidade) e ao conteúdo democrático, portanto à audição permanente da vontade popular, o que significa grau de fidelidade razoável e interatividade entre a sociedade e as classes dirigentes nas suas diversas instâncias.

---

<sup>13</sup> COELHO, Cristiane. O caráter democrático do orçamento de investimento. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos Público e Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 270.



Com efeito, é papel essencial da representação política, liderar e conduzir a sociedade, mas também, é essencial que seja fiel aos consensos médios vigentes na sociedade ao apresentar as suas demandas, e mais do que isto, explicitar claramente as interpretações destas demandas, buscando o “feedback”, para que a sociedade veja com clareza as suas escolhas, consequências, implicações, benefícios e ônus respectivos, com a possibilidade real de reorientar e rever decisões, procedimentos e ações.

O que se vislumbra neste particular, é a necessidade de imprimir conteúdo democrático ao processo decisório, pelo menos naquilo que tem de essencial, com o que sem dúvida se tem incremento da legitimação política de todo o processo governativo.

Não se está a defender aqui o assembleísmo demagógico, com consultas populares vagas e propositalmente imprecisas, com o fito sutil de respaldar decisões que no fundo são autoritárias e demagógicas, revelando traço acentuado de populismo.

Há que se acolher, entretanto, que algumas decisões fundamentais e de grandes repercussões e efeitos sobre a sociedade (destinatária final das ações de governo) devem envolver a sociedade, auscultá-la objetivamente, usando de instrumentos constitucionais disponíveis, como o referedum e o plebiscito. Há que se alargar o campo das discussões sobre estes temas com a sociedade, e, mesmo usando do poder político, convocá-la para assumir o seu papel de cidadania, assumindo a sua parcela de responsabilidade pelas decisões.

É importante salientar que, quando se cogitou antes de cidadania em pluridimensionalidade, onde está incluída evidentemente a cidadania fiscal (eixo desta reflexão), se o fez considerando que o ser cidadão implica em também compartilhar decisões, responsabilidades e consequências. Com isso, tem-se a superação da passividade para a pro atividade interativa, porque a sociedade deixa de ser sujeito passivo, exclusivamente, das ações governamentais, assumindo os encargos e ônus sem questionamento real e substantivo, e passa ao papel de corresponsabilidade legitimadora, compartilhando tudo, ainda que em grau relativo.

A proposta não é de que o governo precise ou deva consultar a sociedade para cada passo e a cada projeto não, até porque é sua função interpretar os consensos médios construídos na sociedade, inclusive intermediando estas construções, e, a partir deles, problematizar as coisas e formular as respostas e soluções, propondo os meios de encaminhamento, e exercendo o poder para concretizá-las, onde se inclui providenciar os meios financeiros para tanto.

De certa forma, o dilema tão didático para formação dos economistas: canhões e manteiga aqui se aplicam. As necessidades e demandas são infinitas e progressivas, e as possibilidades de atendê-las são finitas, do que se resulta, forçosamente, a necessidade de que sejam feitas escolhas e estabelecidas prioridades, escalonamento na execução e dimensionamento temporal realista. Ora, quando se fala de conteúdo democrático nas instituições e processos, se esta falando exatamente da participação nas escolhas, na defesa de interesse e nos critérios de sopesamento deles quando concorrem, cabendo a intermediação dos governantes.

A efetivação real do conteúdo democrático está em que a sociedade expresse claramente as suas demandas e as suas escolhas, mas, mais do que isto, que tais escolhas sejam acatadas e acolhidas pelos governantes, não podendo e nem devendo ser consideradas meras opiniões, do contrário, hão de ser manifestação de vontade a ser observada com fidelidade.

Tal se aplica a todo o processo governativo, apenas deve ser explicitado o quadro real das consequências e encargos, bem assim como os limites das possibilidades reais.

De maneira especial, aplica-se à gestão financeira do estado que, por ser de direito democrático, há de impregnar todas as suas ações com conteúdo democrático.

Com estas considerações podemos enfocar a questão das finanças públicas democráticas, conforme ao início se aduziu.

Assim, considerando as três fases do ciclo orçamentário: elaboração, execução e controle, nelas todas observamos severos déficits de democracia em desacordo com o constitucionalmente estabelecido, eis que, na prática, constata-se a exclusão da sociedade de todo o processo, e mais especialmente no que respeita aos aspectos fundamentais.

Na primeira fase do ciclo, a da elaboração, vemos que a proposta orçamentária é elaborada pelo Poder Executivo como prerrogativa constitucional sua, porém, entende-se que esta competência constitucional de propor não basta para legitimar ou mesmo autorizar o hermetismo, a exclusão de toda a sociedade. Na verdade, o que se tem é uma proposição do Executivo, não para o Estado e a Sociedade, porque as informações básicas e os objetivos reais não são explicitados e eventualmente discutidos, mesmo que se reconheça a necessidade de preservação de alguns dados e elementos estratégicos.

E quando se faz a referência às etapas do ciclo orçamentário, se está a considerar o que se pode chamar de sistema constitucional orçamentário, envolvendo a Lei do Plano Plurianual, as Leis de Diretrizes Orçamentárias e a Lei do Orçamento. Portanto, a opacidade e o déficit democrático estão em

todo o sistema, sendo decorrente de uma exacerbação de preeminência do Poder Executivo, que não consulta, ascolta ou dialoga, apenas elabora e apresenta as propostas já as encaminhando a discussão parlamentar, na qual a real e efetiva possibilidade de debate é severamente reduzida pelas contingências do processo legislativo respectivo.

Ora, se há déficit democrático na elaboração, este somente acentua-se na etapa da execução orçamentária, considerando-se que as decisões já estão tomadas, as escolhas já estão feitas e as destinações fixadas.

É importante observar que a opacidade na elaboração, que leva a semelhante opacidade na execução, tem consequências indesejáveis, gerando problemas graves, que refletem, inclusive, no controle.

A opacidade na elaboração e, principalmente, nos dados, elementos e critérios utilizados, não raro, facilitam sejam as receitas superestimadas e os índices econômicos “estimados generosamente”. Isto leva diretamente a revisão de todo o sistema, impondo o contingenciamento de dispêndios, que originariamente seriam destinados a equilibrar o fluxo do caixa, a serem empregados para outros fins, nem sempre elogiáveis, gerando toda uma sequência de problemas práticos, mas, sobretudo, de inexecução correta do orçamento, além da geração inadequada de restos a pagar, ficando, assim, desnaturados tais institutos de direito financeiro.

É fato que a transparência pura e simples, a democratização do processo não são a solução mágica para todos os problemas, inclusive porque há todo um universo de elementos técnicos inacessíveis ao homem médio. Mas, por outro lado é de acentuar que, a transparência, a discussão pública e clara da temática e dos problemas aumentam a consciência da sociedade de certa forma e, em certo grau, inibe o desvirtuamento das coisas, além de viabilizar a existência e exercício da oposição consistente, essencial a democracia.

Seguindo a linha de estado democrático e da imperatividade da existência de conteúdo democrático na vida e funcionamento do estado e do governo, é de se inferir a existência da democracia financeira, que nada mais é do que o reflexo ou repercussão deste conteúdo democrático nas finanças públicas e na vida financeira do estado, naturalmente que na visão sistêmica, perpassando, assim, as fases do ciclo orçamentário neste particular.

Noutras palavras, a elaboração das normas do sistema constitucional orçamentário: PPA, LDO e LOA precisam ser explicitadas e discutidas com a sociedade, sem operações de marketing, aplicado o princípio da veracidade ou da realidade. Desta forma, os problemas hão de serem postos e as soluções apresentadas com suas alternativas, mas, principalmente, com a demonstração das consequências e encargos delas decorrentes, exatamente

para que, ao se resolver o dilema canhões vs. manteiga (como antes referido), se saiba exatamente o que este significa, bem como o que acarreta, enfim, quais as suas consequências.

Apenas para ilustrar, por diversas razões e fatos de varias naturezas, as finanças públicas brasileiras hoje enfrentam problemas de alguma gravidade e de razoável complexidade, do que decorre o imperativo da adoção imediata de medidas restritivas que implicam em redução do ritmo econômico e contenção de despesas, inclusive de investimentos. São os fatos. Sem nenhuma dúvida que a correção de rumos que está de certa forma sendo executada encerra ônus pesados à sociedade como um todo, repercutindo duramente nas situações individuais, gerando desgaste do governo e insatisfação social incômoda.

Também resta claro que tais medidas, bem como o processo de ajuste de rumos, não se esgotam em exercício único, ao contrário, vai se prolongar no tempo. Ora bem, no enfoque que se está dando ao tratamento do tema, se, com a necessária transparência, a situação fosse colocada a sociedade e apresentada as alternativas, tudo se tornaria mais palatável. Desta forma, se poderia buscar o engajamento da sociedade, compartilhando responsabilidades, e isso facilitaria a travessia do período com menos impacto. As opções seriam pactuadas e ajustadas, portanto, melhor aceitas.

Por óbvio que, já se pode notar, este processo decisório dialogado e pactício faz nascer um consenso político consistente e legitimador das medidas e ações governamentais, mesmo aquelas impopulares e “amargas”, porque a sociedade teria a oportunidade de conhecê-las, discuti-las e, assim, corroborar as escolhas, ajustando-as à realidade. É esta a democracia substancial que matiza toda esta reflexão.

Não é utopia nem construção de um mundo fantástico, mas, a concretização do mandamento constitucional na sua inteireza, mero cumprimento, pois, da ordem jurídica.

Por certo, a formulação constitucional reduz o espaço discricionário dos mandatários na medida em que faz prevalecer as balizas jurídicas. Claro que continua a existir, e é indispensável que assim o seja, um relativo espaço de escolha e, portanto, de discricionariedade, porém, não mais com critérios arbitrados pelas circunstâncias, submetidos sim às normas jurídicas pré-estabelecidas, e, portanto, se evitam de ilicitude os eventuais desvios e desacordos com o regulamentado, com espaço real para correção compulsória e eventual responsabilização de autoridades.

A esta altura é importante destacar que em nossos dias não existe mais espaço para as classificações tradicionais de modelos democráticos puros, exclusivamente de uma ou de outra forma. Diversamente, o que se

tem é a mescla, a incorporação e interpenetração de democracia direta e indireta, a utilização de institutos e mecanismos, ora de um, ora de outro, exatamente em decorrência da relação dialógica estado-sociedade que os modelos políticos contemporâneos fizeram surgir.

A sociedade contemporânea se impõe como protagonista e sujeito atuante do processo. Assim, a delegação da representação política, que outorga poderes decisórios à prazo certo seguida do reconhecimento, não mais existe, ao contrário, a sociedade se tornou exigente e insurgente em suas demandas. Claro que aceita ser dirigida e conduzida pelas lideranças políticas, porém não mais incondicionalmente e sem “*feed back*” de resultados e procedimentos. Os fatos o estão aí a mostrar. Por isto mesmo o poder e seu exercício hão de fundar-se mais do que nunca no consentimento, e, este, só é real e efetivamente possível através do convencimento que vem do diálogo.

A vida financeira do estado integra diretamente a relação dele com a sociedade, inserida, assim, no universo do político, e, a consequência, é que se submete aos mesmo parâmetros e regramentos.

Não se pode esquecer que se tem, como Direito Fundamental, o Direito a Bom Governo que, além de licitude e probidade (pressupostos), demanda eficácia nas ações e capacidade de produzir resultados úteis, o que significa também, ir ao encontro das demandas da sociedade com o estabelecimento de uma escala de prioridades pactuada, gerando aumento de legitimação política dos atos e, principalmente, fortalecendo a factualidade dialógica do processo, como observa Gabriela Soares Balesteiro<sup>14</sup> que: “(...) *a participação serviria como mecanismo de atribuir responsabilidade e promover aceitabilidade, de maneira que essa abertura fortaleceria a formação de opinião, bem como a divisão alargada da responsabilidade das decisões no caso de resultados desfavoráveis*”.

Quando ao norte se aduziu a substanciação do estado de direito buscamos demonstrar que este tem sua sede exatamente no conteúdo de natureza ética ínsito no direito e no discurso normativo, cuja imperatividade se impõe pela própria natureza, daí perpassando para o Estado e a ação estatal, como observa Cédric Groulier<sup>15</sup>:

*Le thème de l'État moralisateur participe donc incontestablement de réflexions que affectent l'acteur étatique, tant dans son rôle que dans les modalités de son action. En ce sens, la figure Du moralisateur que considère Le présent ouvrage est sans doute l'un des visages de l'État post-*

<sup>14</sup> BALESTEIRO, Gabriela Soare. O Orçamento Participativo e o papel do Estado, **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 81-96, 2010.

<sup>15</sup> GROULIER, Cédric. **Apresentação de L'État moralisateur**. Paris: Ed. maré & Martin, Droit & Science Politique, 2014.

*moderne; celui qui se revele lorsque l'État actionne um registre normative –la morale – que Le liberalisme politique reserve par principe aux seules consciences individuelles.*

É forçoso concluir que reside neste quadro o bom governo, qual seja o dever jurídico de bem governar, de tomar as medidas corretas e consentâneas para alcançar os objetivos estabelecidos pelo consenso democrático e democraticamente elaborados no processo social. Destarte, a sua prática pelos governantes, antes de ser mérito, é pressuposto, isto porque o Governo se exerce para a sociedade, já que a ela cabe escolher os objetivos e finalidades para as quais se organiza politicamente. Este modo de agir, esta postura encontra seu fundamento em dimensão ética de busca pela justiça, âncora de sustentação de todo o controle social que o direito encerra e objetiva.

Ora bem, quando se cogita da participação social (democracia participativa), aprofundando a democracia no processo decisório das coisas públicas, cogita-se também deste processo da vida financeira do estado, tanto na escolha e na obtenção (forma e volume) dos recursos, quanto do gasto deles (destinação). É exatamente aí que se encontra seu ponto de encaixe, o orçamento participativo, que surgiu no Brasil no nível municipal, em experiência iniciada em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, sendo adotado por outros municípios até a sua inclusão na ordem jurídica.

Em 1989, o Governo Municipal de Porto Alegre inovou o processo político convocando, em caráter pioneiro, a sociedade para discutir pontos do Orçamento do Município e, já em 1992, apresentou sete temas hierarquizados: saneamento básico, regularização fundiária, transporte, saúde, organização da cidade, pavimentação e educação. No ano de 1994 se institucionalizou criando o Conselho Municipal do Plano de Governo e Orçamento, sendo constituída a Comissão Paritária tripartite composta por representantes do Conselho, Governo e Sindicatos Municipais. Em 1997, a elaboração do Plano Plurianual foi integrada ao sistema da participação social<sup>16</sup>.

A experiência foi inovadora e se vê em curso o processo do seu amadurecimento que autoriza considerar qualidades e defeitos, inferir ajustes e aperfeiçoamentos. Em artigo, examinando os 25 anos de Orçamento Participativo, Ligia Helena Hahn Luchmann<sup>17</sup> observa que:

*“O modelo de Orçamento Participativo de Porto Alegre tem tido ampla repercussão no cenário nacional e internacional, seja por seu pioneirismo na construção de um complexo mecanismo de interlocução política com a população, seja pelo seu sucesso no que se refere a continuidade*

<sup>16</sup> Fonte Histórico do Centro de Assessoria e Estudos Urbanos: Disponível em: <[www.portoweb.com.br/ong/cidade](http://www.portoweb.com.br/ong/cidade)>.

<sup>17</sup> Fonte, Disponível em: <<http://dx.doi.org/105007/2175-7984.2014v13n28p167>>.

*ao longo do tempo. Mais ou menos inspirados no modelo Porto Alegre, centenas de municípios no país e no exterior adotaram o modelo.*

E conclui a autora citada, provocativa e lucidamente, propondo uma reconstrução de conceitos utilizados no processo para aperfeiçoá-lo, considerados os modelos de democracia direta, participativa, deliberativa, associativa e representativa, com representação e participação individual e coletiva e com consulta e deliberação no conjunto da sociedade.

Temos até então a associação direta entre o Orçamento Participativo e o Ente Federativo básico que é o Município, entretanto, quase que diretamente vocacionada a população urbana e aos temas mais especificamente voltados a urbe, portanto, com dimensão bastante restrita.

O jurista Marcus Abraham<sup>18</sup>, partindo da percepção da cidadania ativa que significa a efetiva participação do cidadão na vida social e política da sociedade, aponta o Orçamento Participativo como sendo a participação popular, através de conselhos e assembleias, na elaboração do orçamento público (do Município) que substancia “*uma espécie de terceiro centro decisório de questões orçamentárias, funcionando paralelamente ao Poder Executivo e o Legislativo*”. Arrematando com brilho:

*A concretização da participação popular na elaboração do orçamento público ocorre através da realização de assembleias locais (municipais, regionais ou de bairros), onde qualquer integrante da coletividade pode participar dos debates, elegendo-se representantes ou delegados para transmitir ou negociarem com o governo as deliberações assembleares. Haveria, assim, uma maior capilarização na identificação das necessidades locais, especialmente nos grande centro urbanos, onde é comum a Administração Pública se distanciar do cidadão.*

E, mais adiante, expõe:

*Podemos dizer que através do orçamento participativo criam-se centros de decisões descentralizadas e independentes, para que, através de conselhos populares especialmente criados, haja uma efetiva representação da opinião pública local, oferecendo ao cidadão um canal específico para manifestar suas necessidades, gerando ao fim, uma maior consciência de cidadania ao povo. Nas palavras de Régis de Oliveira, o orçamento participativo dá nascimento a dois focos de poder democrático: um, pelo voto; outro pelas instituições diretas de participação.*

Ao que tudo indica a participação da sociedade no processo decisório da vida financeira do estado, materializada na visão que se tem da função

---

<sup>18</sup> ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2015. p. 265.

e do papel político do orçamento, que consideramos inerente ao estado democrático de direito constitucionalmente estabelecido, vem sendo restrita ao âmbito local, ao Município e aos interesses mais direta e explicitamente voltados à vida cotidiana dos indivíduos. Mesmo assim, embora venha experimentando expansão significativa, ainda é instituição e prática minoritária no conjunto sociopolítico. Assim, é incipiente se considerada em espectro maior.

Temos clareza de que o modelo se presta para mais além do localismo municipalista urbano, encontrando espaço de aplicabilidade nos Estados membros e mesmo na União, variando e adaptando apenas a forma e amplitude do processo, mesmo reconhecendo que se trata de um processo difícil, que passa por romper da tradição de alienação e inércia dos indivíduos em relação aos problemas gerais e que se conduz, principalmente, como sujeito passivo, refugando protagonismo.

Romper a inércia, com efeito, não é fácil, nem acontece do dia para a noite, embora assista razão ao jurista Régis Fernandes de Oliveira<sup>19</sup> que à respeito do orçamento participativo observa:

*...pensamos que a iniciativa traz uma grande evolução na participação da sociedade. O brasileiro, diz-se, é comodista. Com a convocação para que ele discuta suas necessidades básicas, seja no microcosmo que habita, seja no macrocosmo que é uma cidade com tantos problemas, passa ele a ser cidadão ativo, despertando novas lideranças políticas, novas ideias e fazendo com que a democracia, efetivamente se estabeleça. O brasileiro acha, e isso é encarado como ônus, que democracia é votar, apenas. Democracia, porém, é participação, é discussão dos problemas e busca de soluções. Logo, não se esgota no ato de votar, que é mera escolha. O mais segue depois, ou seja, a luta na busca de soluções e o confronto dialético de ideias.*

Os nossos dias mostram em diferentes países e sociedade, em estágios sociais e políticos variados, um crescente desencontro entre governantes e governados no modelo da democracia representativa enquanto modelo preponderante, tradicionalmente. Assistimos a manifestações populares fortes e ruidosas, confrontos mais ou menos abertos, fragilização política de legitimidade dos governos, incapacidade de diálogo útil e consistente, indefinição de atores políticos hábeis e viáveis. Este quadro, que a todos nos faz perplexos e atônitos, pondo sombras no horizonte, sem dúvida intimidada; mas, por outro lado, provoca e estimula o passo seguinte. Desta forma, vemos um único caminho: aprofundar o processo democrático, partindo para compartilhamento de responsabilidade política como consequência de um diálogo

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p. 410-411.



real e de participação no processo decisório, resgatando a proximidade entre governantes e governados. Sem a presunção, mas, apenas por afinidade de reflexão que se vem fazendo há algum tempo, fundados na elaboração de Paul Hirst na Democracia Representativa e seus limites, tivemos a oportunidade de observar, quando se cogita da existência de algum grau em algumas hipóteses de participação da sociedade e da cidadania diretamente no processo decisório, que se tem a intenção de aumentar o grau de legitimação política das decisões para alcançar esse objetivo, como pontua Hirst<sup>20</sup>:

*em tornar o governo mais permanentemente obrigado a prestar contas e sensível a pressão ao debate público e assim ajudando a 'tornar o processo de formulação e execução política mais coerentes e eficazes' em contemplar dentro do possível às demandas da maioria predominante da sociedade, promovendo assim o equilíbrio necessário à estabilidade das instituições e do processo social.*

Defende-se, assim, como materialização do princípio democrático, a ampliação e aprofundamento do debate político sobre os aspectos fundamentais e mesmo estruturantes das ações de governo, e, conseqüentemente, da apropriação, aplicação e fixação de volumes de recursos financeiros necessários para tal, sob pena de ficarem limitados aos mecanismos típicos e tradicionais da democracia representativa, que é preponderantemente formal, como se vem demonstrando<sup>21</sup>.

Temos a ousadia de reconhecer tanto a demanda com conveniência e oportunidade, quanto à viabilidade da institucionalização do Orçamento Participativo no Estado Nacional Brasileiro, nas suas esferas federativas: Município, Estados, Distrito Federal e União. Tal instituição, embora tenha natureza única e semelhança estrutural, necessita de variação adaptativa, estabelecendo amplitude e temática, com atenção especial para a viabilidade material realisticamente considerada.

Considera-se, não apenas a diferença das competências constitucionais correspondentes a cada ente federativo e a forma como se apresentam, mais ainda, dentro da competência de cada qual, a agenda ou pauta de escolhas políticas que se impõe, considerados os reflexos e desdobramentos delas para a sociedade, bem como, as formas de convocação, discussão e consulta direta à sociedade, para, posteriormente, ser formatada a solução pretendida dentro e lastreada no consenso democrático que se forma no processo.

Não se tem a veledade de aqui pregar o assembleísmo populista de forma bonapartista (sim ou não) que acaba por se converter em veículo de

<sup>20</sup> HIRST, Paul. RJ, Jorge Zahar, 1993.

<sup>21</sup> JUCÁ, Francisco Pedro. **Finanças Públicas e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37-38.

legitimação do autoritarismo messiânico, do qual invariavelmente antecedem as tragédias políticas dos povos. O que se propõe é a discussão transparente, clara e objetiva dos problemas básicos, elaborando decisões consensuais que se legitimam pela aceitação dos governados, de tal sorte que, como bem observa Francisco José Carrera Raya<sup>22</sup> quando aponta:

*... ló primero que llama atención del significado de este vocablo em su vertiente estrictamente gramatical es que el presupuesto se conecta a la Idea de previsón, de cálculo, de cómputo anticipado acerca de los gastos y de lós infreso que se prevén recaudar. Es decir, el Presupuesto – em uma primera aproximación – de debe relacionar com la Idea de proyecto y, consiguientemente, presupuestar tiene su correspondência com el significado de proyectar, o sea, de idear, trazar o proponer el plan y los médios para la ejecución de una cosas.*

E prossegue o jurista malagueño, apontando as características do Orçamento Público com um aspecto teleológico destinado a alcançar objetivos de interesse público e coletivo, atendendo e satisfazendo as necessidades e demandas da sociedade, tendo, ainda, um aspecto objetivo composto pelo quadro de previsões de receitas e despesas a ocorrer num período determinado, e, um aspecto subjetivo no sentido de elaboração e execução.

Vêm-se observando ao longo de toda esta reflexão que dois pontos são fundamentais: a fixação de demandas da sociedade e formulação dos objetivos, e, correspondentemente, o estabelecimento dos meios necessários à consecução do pretendido. Ora, quando se desenvolve este processo no contexto democrático, a sociedade de forma direta pode explicitar suas demandas e, assim, cabe ao governo, formulando tais demandas, estimar e demonstrar o custo delas, apontar os meios necessários, bem como e principalmente, evidenciar a real capacidade de obtenção e disponibilização destes meios, esclarecendo a viabilidade e, também, a dimensão temporal de tudo isto. Naturalmente que se resulta daí uma real pactuação política, realista e portanto estável e estabilizadora.

Temos que a figura do Orçamento Participativo é um instrumento de excelência para o aprofundamento e substanciação da democracia, tal como se infere do mandamento sistêmico insculpido na Constituição Cidadã de 1988. E faz-se a inferência a partir do princípio da máxima efetividade da norma constitucional, tal como formula Konrad Hesse, nos seus Escritos de Direito Constitucional, propondo que se busque, através dos recursos hermenêuticos, extrair da normatividade constitucional o máximo de efeitos e conseqüências possíveis.

---

<sup>22</sup> RAYA, Francisco José Carrera. **Manual de Derecho Financiero**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 37-38. v. III. p. 37-38.

Ora bem, a constituição estabelece como elemento fundante da organização sócio política, o valor democrático. Em consequência, o conteúdo democrático obrigatoriamente há de perpassar a toda a organização e a todo o processo funcional estatal e de governo, e, sendo a soberania, na sua aceção essencial, atributo e titularidade da sociedade, tem-se que o estado é mero instrumento que a aparelha, e o governo, o agente de concretização das suas ações. Tudo isto significa que a interação estado-sociedade é imperativo indeclinável e, nesta interação, o diálogo permanente e substantivo é elemento essencial, donde estar aberto, receptivo e sensível à opinião pública, procurando dar-lhe forma e organização, é dever inerente ao Bom Governo, considerando-se, assim, o que aponta à respeito Adolfo Posada<sup>23</sup>:

*La opinión públic es una forma necesaria de la actividad social: referida al Estado, se concibe como la fuerza proveniente del sentir colectivo, no meramente de las clases directoras, sino de la llamada e inconsciente, pero no menos real y poderosa, de la masa del pueblo. Y em Ella han de apoyarse los gobiernos; em Ella se poyan normalmente, aun, aquellos que no tenerlas em cuenta. Solo excepcionalmente se produce y mantiene um gobierno o regimen constituído contra la opinión general reinante: o se apoya em Ella, o vive de su indiferencia o de la habilidad para descompnerla o destruirla.*

É importante destacar neste particular para o que assinala o autor espanhol: o Estado e o Governo precisam de afinidade real com a opinião pública, que atualizamos como os consensos construídos pela sociedade, pautando a sua atuação ao encontro dela, sob pena de negativa absoluta, oblíqua ou ostensiva da sociedade, negando, assim, a natureza até mesmo das coisas constitucionalmente estabelecidas quando “joga com a indiferença da opinião da sociedade”, ou ainda, buscando desprestigiar-la, contradizendo, nas duas hipóteses, o postulado fundante da organização sociopolítica pactuada, como antes afirmamos.

Quando se defende a discussão social ampla e aberta sobre os projetos e planos de governo a partir das demandas apresentadas pela sociedade, o instrumento por excelência é o Orçamento Público, onde estão explicitadas as previsões de receita e despesas – utilização e destinação dos recursos financeiros – para a consecução dos objetivos colimados.

Nada mais lógico, assim, do que democratizar o orçamento, levando a sua elaboração à discussão com a sociedade, pactuando a proposição orçamentária e, ainda, possibilitando a inclusão social na discussão parlamentar da sociedade, e, mais adiante, na terceira etapa do ciclo, possibilitando o efetivo acompanhamento da execução orçamentária, para, ao fim e ao

<sup>23</sup> POSADA, Adolfo. **Tratado de Derecho Político**. Granada: Comares, 2003. p. 719.

cabo, tornar possível o real controle social, político e jurídico de todo o processo da vida financeira do Estado.

Uma questão de fundo se apresenta. Com efeito, não basta democratizar a discussão da elaboração orçamentária, nem na proposição, nem na elaboração, se às consultas feitas a sociedade não se estabelecer algum mecanismo de vinculação entre o decidido (pactuado) e o estabelecido. Noutras palavras, não é aceitável que se ouça a opinião da sociedade, se faça a discussão, e, seja facultado aos agentes políticos fazer “ouvidos de mercador” a todo o processo, escudado, não raro, na visão tecnocrática, que, enfocando tudo sob um viéz “*claramente científico e técnico*”, remete a opinião do titular da soberania a um papel quando muito secundário, ao arrimo de que “desconhece” as reais condições de ação estatal, que é coisa para “*iniciados*”.

O orçamento participativo que se conhece, e que tem como campo inicial o Município e, mesmo assim, restrito a alguns aspectos do orçamento, precisa ir progressivamente mais além – ir a águas mais profundas – primeiro ampliando no âmbito do próprio município o leque temático do que é deliberado com a sociedade e, posteriormente, mais ainda, indo ao orçamento do Estado membro e também da União.

Apenas a título de ilustração, fazemos referência a um dos problemas mais graves que se apresentam na realidade do Estado contemporâneo: o endividamento e suas consequências. É indiscutível o peso do ônus relativo ao endividamento, sejam no que respeita ao serviço da dívida, seja no que respeita à amortização dela. Fato é que o efetivamente disponível para a ação estatal, deduzidos os valores irremediavelmente vinculados a dívida, é significativamente reduzido. Temos que, neste particular, enfrentar a questão com realismo e maturidade, sem sucumbir à tentação da bravata populista e demagógica irresponsável e inconsequente, o que significa prestigiar o princípio da boa fé e da justa expectativa nas relações com o Estado.

Vemos que estes problemas graves e de fundo precisam ser encaradas adequadamente, com equilíbrio e razoabilidade. Daí que o diagnóstico do quadro e a proposição dos meios e instrumentos de enfrentamento precisam ser claramente expostos e discutidos com a sociedade, com a explicitação das implicações deles decorrentes, sendo este o ponto de partida.

Este elemento ilustrativo que usamos, evidencia a utilidade prática do Orçamento Participativo para que, com a participação da sociedade e o pacto político a respeito, contribua decisivamente a fim de viabilizar o andamento do processo governamental de solução de problemas, aplicando-se a todas as esferas da federação como se defende. Afinal, o pactuado é mais adequadamente aceito e mais facilmente viabilizado.

Dessarte, mesmo que as medidas necessárias sejam amargas e onerosas, fatalmente serão mais aceitas e até mesmo apoiadas, dependendo da habilidade da ação política no conduzir o processo, e, a consequência mais importante será maior estabilidade nas instituições, no processo político e na vida social.

Temos que a institucionalização da experiência de Porto Alegre, que cumpre o seu primeiro quarto de século, é um primeiro passo e realmente significativo, não apenas para o cumprimento real do aprofundamento e substanciação do conteúdo democrático no processo da vida financeira estatal, mas, bem mais do que isto, alcança a planificação de toda a ação governamental sob o mesmo enfoque, significando contribuição de peso na planificação de governo, na racionalidade das ações e na concretização do Bom Governo, que é direito fundamental como vimos, e, ainda, dando efetividade à centralidade dos Direitos Fundamentais preconizada no constitucionalismo de século XXI.

Esta institucionalização desejável e viável é também o reconhecimento da insuficiência dos modelos únicos e exclusivos de Democracia que ainda se apresentam como alternativas excludentes na formulação simplista de ou um ou outro. Na verdade, a sociedade contemporânea vive um tempo em que se vê claramente que nenhum modelo, exclusivamente considerado, é bastante para realizar as suas finalidades; diversamente, hão de ser utilizados recursos de modelos distintos, conforme o caso, para aperfeiçoamento e ajuste. Com efeito, a democracia representativa – fundada na sociedade escolhendo representante e outorgando poderes decisórios em aberto por prazo determinado – ainda é deve ser praticado e utilizado porque viabiliza o funcionamento do sistema na sociedade de massas, porém, apenas ela não basta, há que incorporar mecanismos aproximados da democracia direta para complementar, aperfeiçoar e mesmo reforçar a legitimação política das decisões e das ações estatais. Com isto, o instrumento da democracia direta da consulta popular e da discussão pública, pelo menos dos grandes temas e das linhas gerais, pode mudar o panorama da governabilidade para melhor, como pretendemos demonstrar.

Com efeito, não existem nem fórmulas mágicas, nem respostas simples, salvo nas hipóteses ou de descompromisso com a realidade, ou de fraude. Como já se referiu, tudo é um processo que corre passo a passo, com acertos e erros, avanços e retrocessos, correções de rumo, coragem de experimentar, ousadia de inovar, seriedade na tentativa e compromisso em perseverar. É mais do que uma proposta, é um desafio; mais do que um convite, uma provocação; mais do que uma elaboração, uma convocação. É um imperativo para a evolução.

Tudo para que, ao fim, se possa ter a consciência de que o dever foi cumprido no que respeita a busca na construção de uma sociedade democrática, justa, solidária e, sobretudo, fraterna, não na conotação piegas e sentimentalóide, mas efetivamente humanista, porque afinal, o homem é o destinatário final de tudo.

### 3 CONCLUSÃO

Ao longo desta breve reflexão, com um tanto de percepção crítica, e outro tanto de otimismo, que nos remete às sábias palavras de Afonso Arinos de Mello Franco na introdução à sua Teoria Constitucional, como cultores do direito público, não podemos ser otimistas porque não somos patetas, mas, não podemos ser pessimistas porque acreditamos no homem.

Exatamente assim, no fio da navalha entre o pessimismo e o otimismo, percebemos claramente o que se entende como sendo a inserção adequada do Orçamento Público e das finanças públicas em geral no contexto do Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido, e, a partir desta constatação, vislumbra-se a ligação indissolúvel entre a vida financeira do estado e o conteúdo democrático também insculpido na carta magna do país, de sorte a que a democracia real, aprofundada, substancial como se insistiu ao longo do texto, implica na democratização das finanças públicas, significando a incorporação da sociedade e da cidadania no processo decisório das escolhas de ação estatal e governamental. Ao mesmo tempo em que, com esta percepção se constata na sociedade contemporânea o imperativo de dialogalidade permanente entre governantes e governados e, por extensão, entre representantes e representados, de sorte a fortalecer os laços entre eles, se estabelece a um só tempo o compartilhamento nas decisões e nas responsabilidades decorrentes.

Tal constatação se reflete no Orçamento Público, com o imperativo de oitiva da sociedade para a formulação de escolhas das ações, metas e processos governativos, bem como do estabelecimento dos recursos necessários.

Verifica-se, assim, neste particular, que a Democracia Representativa, tradicional e consagrada, apresenta cada vez mais e maiores deficiências na sua capacidade de interpretar as demandas da sociedade; daí porque, é imperativa a consulta direta (segundo os cânones jurídico) para materializar, pelo menos, as linhas gerais destas escolhas, sendo, neste campo, o Orçamento Participativo, que a nível municipal completa um quarto de século, uma experiência a ser aprofundada, aperfeiçoada e, mais do que isto, estendida ao Estado na sua integralidade, dentro do quadro da reparti-

ção constitucional das competências atribuídas aos diversos entes, componentes da Federação.

Exatamente esta experiência é que dá a perspectiva da fé e da crença no homem, que impede o pessimismo, mesmo aconselhando a necessária cautela que obsta ao otimismo irrealista.

#### 4 REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, 2015. p. 265.
- BALESTEIRO, Gabriela Soare. O Orçamento Participativo e o papel do Estado, **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 81-96, 2010.
- COELHO, Cristiane. O caráter democrático do orçamento de investimento. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Farnando Facury (Coords.). **Orçamentos Público e Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p.270.
- GROULIER, Cédric. **Apresentação de L'État moralisateur**. Paris: Ed. maré & Martin, Droit & Science Politique, 2014.
- HIRST, Paul. RJ, Jorge Zahar, 1993.
- JUCÁ, Francisco Pedro. **Finanças Públicas e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37-38.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Instituciones de Derecho Financiero**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 51-52.
- MORENO, Alejandro Menéndez. **Derecho Financiero y Tributário, Parte General, Lecciones de Cátedra**. Valladolid: Lex Nova – Thomson Reuters, 2014. p. 403.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal – Finanças Públicas Democráticas**. Rio de Janeiro, 2001.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2011. p.410-411.
- POSADA, Adolfo. **Tratado de Derecho Político**. Granada: Comares, 2003. p. 719.
- RAYA, Francisco José Carrera. **Manual de Derecho Financiero**. Madrid: Tecnos, 1995, p. 37-38. v. III.
- SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política. Política e Sociedade na Modernidade Tardia**. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 93.
- ZAGREBELSKY. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Marid: Trota, 2011. p. 21 e ss.





# PRECATÓRIOS: POSSIBILIDADE DE SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA (SS 2.287, RE 583.932) E A ADI 4357 E A RECENTE MODULAÇÃO DE EFEITOS

*José Augusto Delgado<sup>1</sup>*

---

*Sumário: 1 Introdução; 2 Aspectos Gerais e Conceituais sobre a Modulação das Decisões Proferidas em Sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Recurso Extraordinário; 3. Da Contribuição da Filosofia do Direito Para a Aceitação da Modulação da Decisão Proferida em Sede de Controle de Constitucionalidade das Leis; 4. Da Modulação das Decisões Judiciais que Declaram Inconstitucionalidade se Lei no Direito Estrangeiro (Comparado); 5. Da Modulação das Decisões Judiciais que Declaram a Inconstitucionalidade de Lei no Direito Brasileiro; 6. Do Sequestro de Verba Pública pelo Poder Judiciário para Pagamento de Precatário. Aspectos constitucionais. Decisões do STF sobre o Tema; 7. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

Honroso, por demais, à minha pessoa, o convite formulado para participar da obra em homenagem ao Jubileu de Prata do Excelentíssimo

---

<sup>1</sup> Advogado. Parecerista. Professor. Consultor Jurídico. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, após ter exercido a magistratura por mais de 43 anos. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Ex-Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral. Ex-Presidente da Escola da Magistratura Nacional Eleitoral. Ex-Desembargador Federal no TRF da 5ª Região, de 30.03.1989 a 13.12.1995, onde foi Presidente, Vice-Presidente e Corregedor Regional. Membro titular, como acadêmico, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (RJ). Membro titular, como acadêmico, da Academia Brasileira de Direito Tributário (SP). Membro titular, como acadêmico, da Academia Norte-Rio-Grandense de Letras. Membro titular, como Conselheiro Honorífico Titular, da Academia de Direito Tributário das Américas. Membro Acadêmico da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte; Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Potiguar do Rio Grande do Norte. Professor de Direito Tributário, Administrativo, Direito Processual Civil e Direito Civil. Ex-Juiz Federal. Ex-Juiz Estadual. Ex-Corregedor Regional da Justiça Eleitoral – RN. Integrante do Instituto dos Advogados do Distrito Federal.

Senhor Ministro Marco Aurélio, magistrado que engrandece o Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário do Brasil com a sua inteligência, o seu exemplo de magistratura cidadã e cidadão por excelência.

Aprendi a admirar o Ministro Marco Aurélio e a ser seu discípulo no ano de 1980, quando juntos frequentamos o Seminário de Atualização em Processo de Execução, promovido pela Escola Superior da Magistratura Nacional e Associação dos Magistrados Brasileiros, em convênio com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro/RJ – 1980. Logo de início, em nossos primeiros contatos, percebi e constatei a sua desmedida dedicação ao Direito e a fidelidade com que defendia os postulados, princípios e regras postas na Constituição Federal, tudo com apego integral à moralidade, quer nas relações jurídicas de direito público, quer nas relações jurídicas de direito privado. Era, na época magistrado da Justiça do Trabalho, integrante do Tribunal Regional do Trabalho sediado no Rio de Janeiro, onde já se impunha como destacado julgador e doutrinador.

O curso do tempo demonstrou para mim e para toda a sociedade brasileira que aquele Juiz que conheci em idade recente saída da fase da mocidade evoluiu para aperfeiçoar os dogmas políticos, jurídicos, filosóficos e sociológicos que acreditava e continua acreditando e pregando capaz de projetá-lo como magistrado digno, culto, sereno, coerente, valorizador da cidadania, da dignidade humana e dos preceitos democráticos, contribuindo para que o direito aplicado se transforme em veículo condutor da paz, da segurança jurídica e da harmonia social.

Marco Aurélio de Mello: um magistrado brasileiro feliz. Receba a homenagem e admiração merecidas de um cidadão seu aluno e jurisdicionado.

## 2 ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS SOBRE A MODULAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

A denominada modulação jurídica está legitimada em nosso ordenamento legal pelo art. 27 da Lei 9.868, de 1999<sup>2</sup> e pelo art. 11 da Lei 9.882,

<sup>2</sup> Lei 9.868 de 10.11.1999 - Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

de 1999<sup>3</sup>, que permitem ao Supremo Tribunal Federal, no processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade, estabelecendo se a decisão terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou se será em outro momento.

É de se observar, desde logo, que:

- a) uma parte da doutrina defende que, em consequência da disciplina legal da modulação como acima anotado, os seus efeitos podem ser aplicados em processos e julgamentos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, lacuna normativa e em caso de ações interventivas (AGRA, Walber de Moura, Curso de Direito Constitucional – p. 588);
- b) o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o efeito da modulação no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, especialmente em Recursos Extraordinários, quando entende ser necessário o exercício de um juízo de ponderação e proporcionalidade, onde a declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos *ex tunc* seriam prejudiciais à sociedade e ao próprio sistema jurídico, e a harmonia da ordem constitucional.

Anotamos, também, que duas ações diretas de inconstitucionalidades, as ADIs 2.154 e 2.258, tramitam no STF questionando, entre outros dispositivos legais, a existência, a validade e a eficácia do art. 27 da Lei 9.868 de 10.11.1999. As mencionadas ações após terem recebido, em julgamento conjunto, voto do Ministro Sepúlveda Pertence declarando a inconstitucionalidade do referido art. 27 referido, aguardam apresentação de voto-vista da Ministra Cármen Lúcia para continuidade do julgamento.

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm entendido, em síntese, que a modulação jurídica, em nosso ordenamento de direito, merece aceitação pelas razões seguintes:

---

<sup>3</sup> Lei 9.882 de 03.12.1999

Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

**Art. 11.** *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

- a) ser técnica de julgamento que produz efeitos compatíveis com os mais modernos princípios aplicados ao controle concentrado e difuso da constitucionalidade das leis;
- b) constitui dever do Supremo Tribunal Federal considerando aspectos concretos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços, modular a decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma lei, em qualquer sistema, impondo que seus efeitos tenham eficácia “*ex nunc*” ou a partir de determinado momento no futuro;
- c) “*a possibilidade de excepcionalmente restringir os efeitos retroativos ou mesmo atribuir apenas efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade – ao contrário do que possa parecer – confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato. A regra da retroatividade absoluta e sem exceções acaba fazendo com que o tribunal constitucional, naquelas situações de conflito entre os valores acima mencionados, muitas vezes simplesmente deixe de declarar a inconstitucionalidade da norma, para assim evitar gravíssimas consequências que adviriam da eficácia **ex tunc** dessa declaração*”. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 439);
- d) a modulação jurídica permitida pelo art. 27 da Lei 9.868/99 “não constitui modelo isolado, sendo adotado por vários sistemas de controle de constitucionalidade, entre eles: português, alemão, austríaco, italiano, espanhol e americano. (MENDES *In*: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1.445). **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010);
- e) o art. 27 da Lei 9.868/99 autoriza a fixação do entendimento no sentido de que o STF pode, no julgamento da declaração da inconstitucionalidade de uma lei, adotar os seguintes posicionamentos:
  - limitar a declaração da inconstitucionalidade da norma positiva a partir do momento em que ocorrer o trânsito em julgado da decisão proferida na ação declaratória de inconstitucionalidade, dando-lhe, consequentemente efeitos “*ex nunc*”;
  - suspender os efeitos por algum tempo da decisão de declaração da declaração de inconstitucionalidade da lei;
  - expedir o julgamento da inconstitucionalidade da lei sem, contudo, pronunciar a sua nulidade, isto é, abrindo espaço para que fique suspensa a sua aplicação da lei e dos proces-

sos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, tome providência para afastar os seus efeitos (caso de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade).

## 02 – CONCEITO DE MODULAÇÃO JURÍDICA OU DE MODULAÇÃO TEMPORAL DA DECISÃO

Está instalada na concepção doutrinária e jurisprudencial de nosso ordenamento jurídico que lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é norma sem qualquer condição de produzir efeitos jurídicos, quer para o passado, presente e futuro. A consequência desse entendimento é que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos retroativos (ex tunc), tornando ineficaz toda relação jurídica de direito, desde a sua origem, nascida com fundamento em lei reconhecida como tendo ingressado no sistema jurídico positivo nacional com tão grave vício atentatório aos postulados, princípios e regras que sustentam a nossa Constituição Federal.

Os efeitos práticos provocados pelo entendimento acima manifestado têm revelado que projetam, em situações excepcionais, graves lesões à segurança das relações jurídicas públicas e privadas e ao interesse social, bem como que não atende ao preceituado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 ao dispor:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*

As determinações preambulares da Constituição Federal bem destacam que a segurança e o bem-estar são valores a serem perseguidos na execução dos postulados, princípios e regras nela contidos para fins de se ter como consagrado o Estado Democrático de Direito que se propõe para o Brasil.

Inspirados nos comandos normativos acabados de serem anotados, a doutrina, a lei e a jurisprudência, embora convictas de que deve prevalecer a força do conteúdo da norma somente quando harmônica com a Carta Magna, têm aberto espaço para agasalhar entendimento no sentido de que há necessidade da decisão judicial ter por obrigação, tanto como a lei, ser condutora da implementação da paz social e da estabilização das relações jurídicas quando fortalecidas pelo fato consumado produzido pelo decurso do

tempo, mesmo que contenha o vício da inconstitucionalidade, desde que, comprovadamente a sua execução provoque insegurança jurídica ou quebre a harmonia social.

O certo é que, atualmente, está consagrada na lei e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a possibilidade do exercício pelo julgador colegiado da denominada modulação temporal dos efeitos no controle de constitucionalidade das leis, quer na via concreta/difusa, quer na via abstrata/concentrada.

### **3 DA CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A ACEITAÇÃO DA MODULAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS**

Relembramos, do modo resumido, que, em campo doutrinário, a Filosofia do Direito Constitucional convive, entre outras, com duas correntes a respeito da interpretação das normas postas nas Constituições. Elas são: a teoria do comunitarismo e a teoria do procedimentalismo.

A respeito, apresentamos as anotações a seguir expostas.

*02.01 – “O discurso comunitarista chegou ao Brasil na década de 1980, cujo grande impulso foi Robert Alexy e sua técnica de ponderação de valores. Referida técnica confere um caráter axiológico aos princípios do ordenamento jurídico, aqui entendidos como normas. Assim sendo, na colisão de dois princípios, o mais relevante deve ser aplicado em detrimento do outro, realizando-se juízo de valor para tal escolha, ainda que ocorra violação de algum direito fundamental constitucionalmente previsto. Embora já existente em países como os Estados Unidos e Alemanha, no Brasil o comunitarismo se diferenciou dos estados estrangeiros por não aceitar o compartilhamento das responsabilidades do Estado com a sociedade. Dessa forma, para o comunitarismo brasileiro seria dever estatal promover o bem-estar social e econômico através de políticas públicas, concretizando promessas do Welfare State e confiando ao Estado a utilização da Constituição como mecanismo de inclusão social (Constituição dirigente)<sup>4</sup>.*

*02.02 – A teoria do comunitarismo aplicada ao Direito Constitucional evoluiu em face da teoria do liberalismo igualitário defendida, especialmente, pelo filósofo John Rawls e o jurista Ronald Dworkin, ambos norte-americanos.*

---

<sup>4</sup> ASSIS, Christiane Costa. Os riscos da modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8528)>. Acesso em: jul 2015.

*A respeito do liberalismo igualitário tenha-se em consideração que ele, resumidamente, como prega a doutrina “está vinculado, em política, à defesa de liberdades públicas e existenciais, como a liberdade de expressão, de religião e a privacidade. Já na esfera econômica, o liberalismo significa rejeição à intervenção estatal no mercado e defesa da livre iniciativa e da propriedade privada. Pode endossar, ou não, as teses do liberalismo econômico. Entende possível defender de modo intransigente as liberdades públicas, mas apoiar simultaneamente enérgicas intervenções do Estado no campo econômico voltadas à promoção da igualdade material. Essa é a característica central do liberalismo igualitário, que tem como grandes expoentes o filósofo John Rawls e o jurista Ronald Dworkin, ambos norte-americanos. O liberalismo igualitário contemporâneo legitima o “Estado de Direito”, não “Estado mínimo”. Sustenta que não é papel do Estado promover os valores hegemônicos da sociedade, interferindo nas liberdades individuais. A ênfase do liberalismo igualitário serve para demandar que se assegure a cada pessoa os meios materiais necessários à realização de seu projeto pessoal de vida. O liberalismo igualitário, portanto, justifica medidas redistributivas, que afetem profundamente o *status quo* socioeconômico, com o objetivo de favorecer os mais pobres”<sup>5</sup>*

02.03 – Os princípios do liberalismo igualitário estão postos na obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls, de 1971. São, em resumo, os seguintes:

“1 – Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos;

2 – As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo: (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e b) sejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”<sup>6</sup>.

Com base nos princípios acima citados, defende Rawls que “é possível e até necessário que o Estado adote medidas redistributivas, que atinjam a titularidade dos bens econômicos, no intuito de promover a igualdade social entre os cidadãos. Dworkin e Rawls propõem um papel ativo para os juízes, que devem pautar sua atuação pela defesa dos princípios morais liberais, associados ao respeito às liberdades básicas e à igualdade. Os juízes podem e devem atuar na defesa de princípios substantivos, de forte conteúdo moral, limitando a deliberação das maiorias sociais. Essa atuação deve se limitar ao campo dos direitos individuais, não se permitindo aos juízes que se substituam aos agentes políticos na avaliação, por exemplo, sobre a conveniência ou eficiência de políticas públicas”<sup>7</sup>.

02.04 – O comunitarismo, conforme prega a doutrina que dele trata, apresenta a compreensão que, de forma resumida, passa a ser anunciada:

<sup>5</sup> Extraído do site: <<https://iusdecorandi.wordpress.com/2014/11/27/ponto-11a-constitucional/>>. Arquivo de Yuri Jacques. Acesso em: 20 jun. 2015.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Idem*.

- a) o indivíduo deve ser visto pelo direito como integrando uma comunidade;*
- b) os direitos individuais devem ser interpretados com base nos valores compartilhados na comunidade;*
- c) não deve haver neutralidade estatal em relação aos projetos de vida dos indivíduos;*
- d) deve ser considerado como essencial o papel do Estado de reforçar e valorizar os vínculos existentes na sociedade, como os que impõem segurança jurídica, valores morais, religiosos, educacionais, familiares (art. 221, IV, CF) etc., haja vista que são compartilhados;*
- e) a interpretação constitucional deve se nortear por princípios e valores coletivos vivenciados pela sociedade.*

02.05 – “O procedimentalismo, por sua vez, tem como maior expoente Jürgen Habermas que desenvolveu a Teoria Discursiva do Direito. Na concepção procedimentalista, a supremacia da Constituição não pode ser relativizada para se atender ao particular, posto que a mesma é essencial ao correto funcionamento do Direito. Assim sendo, não há que se falar em caráter axiológico dos princípios e sim em caráter deontológico, repudiando-se o desrespeito aos direitos fundamentais tal qual exige o paradigma do Estado Democrático de Direito. Não obstante, o procedimentalismo coaduna com a democracia participativa segundo a qual esses direitos fundamentais são resultados da vontade dos cidadãos – eles são seus co-autores e destinatários, conforme o princípio da soberania popular, participando ativamente da gestão estatal”<sup>8</sup>. (ASSIS, Christiane Costa. Os riscos da modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8528)>. Acesso em: jul. 2015)

02.06 – *A adoção da modulação jurídica das decisões em nosso ordenamento de direito demonstra que a interpretação do Direito Constitucional não adota a tese do procedimentalismo, por admitir, em condições especiais atentatórias à segurança jurídica e ao bem estar social, a relativização da aplicação da norma considerada inconstitucional.*

#### **4 DA MODULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DECLARAM INCONSTITUCIONALIDADE SE LEI NO DIREITO ESTRANGEIRO (COMPARADO)**

O exame do Direito Comparado revela que os Estados Unidos, por sua Suprema Corte, após ter consagrado, de modo absoluto, a teoria da nulidade de da lei inconstitucional, portanto, incapaz de produzir qualquer efeito

---

<sup>8</sup> ASSIS, Christiane Costa. Os riscos da modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8528)>. Acesso em: jul 2015)



no passado, no presente e no futuro, passou a admitir, após o período da Grande Depressão, que tal princípio não pode ter caráter absoluto, firmado no entendimento de que a questão da retroatividade da lei inconstitucional é de política judiciária, portanto, a ser analisada em cada caso concreto, a depender dos efeitos produzidos no ambiente social, econômico, familiar, de segurança jurídica, etc.

A aceitação da modulação das decisões que reconhecem a inconstitucional da lei está prevista no art. 140 da Constituição da Áustria de 1920. Este dispositivo prescreve expressamente que os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei se dão a partir da publicação da decisão do Tribunal Constitucional, salvo quando esta corte estabelecer outro prazo, que não pode ser superior a seis meses ou, quando for necessária a edição de outra lei, o prazo não pode superar um ano[18].

Igual posicionamento adotou a Constituição de 1982 de Portugal, que, embora consagrando em seu art. 282º-1, que “*A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”, admite, no art. 282º-4, *in verbis*, que: “4. *Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2*”.

## **5 DA MODULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DECLARAM A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI NO DIREITO BRASILEIRO**

O legislador brasileiro, seguindo os passos da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal, adota a teoria da caracterização da nulidade ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Em consequência, está pacificado o entendimento em nossa ordem jurídica que a “decisão que reconhece a inconstitucionalidade, tanto em controle concreto quanto abstrato, é de natureza declaratória, limitando-se, pois, a admitir defeito já existente, sendo dotada de efeitos retroativos e, portanto, atingindo atos anteriores ao reconhecimento da inconstitucionalidade. Pela teoria da nulidade, sendo nula a norma inconstitucional, os efeitos decorrentes da declaração de sua contrariedade à Constituição, quer seja formal ou material, se operam *ex tunc*, estendendo-se ao passado de forma absoluta, desde a gênese da norma.

Os defensores dessa teoria argumentam que, considerando que a norma teve vigência por determinado período, mesmo sendo contrária a

Constituição, se a decisão não fosse retroativa estar-se-ia admitindo que durante aquele mesmo tempo a norma teve o condão de afastar a vigência da Carta Magna, o que iria de encontro com a própria sistemática da supremacia constitucional. Com efeito, uma vez declarada inconstitucional uma norma, a regra é a produção de efeitos *ex tunc*, retroativos até o seu ingresso no ordenamento<sup>99</sup>.

Essa teoria, contudo, em face da influência do direito norte-americano e do direito europeu, vem sendo flexibilizada tanto pela lei, como pela jurisprudência.

A Lei 9689/99, em seu art. 27, e a Lei 9.922/99, em seu art. 11, conforme já proclamado, permitem a modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo STF no sentido de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade, estabelecendo se a decisão terá eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou se será em outro momento.

Renovamos a afirmação de que, embora os acima mencionados dispositivos legais não autorizem, expressamente, a modulação nas ações interventivas e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a doutrina a aceita com os mesmos pressupostos exigidos para a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No referente à aplicação da modulação dos efeitos da sentença declaratória no controle difuso de constitucionalidade, em situações excepcionais, para assegurar a segurança jurídica e por relevante interesse social, o Supremo Tribunal Federal a tem aplicada, com destaque em julgamentos de Recurso Extraordinário, sob a argumentação que o caso concreto julgado, pelas suas peculiaridades, exige a adoção de um juízo de ponderação e proporcionalidade sobre os efeitos produzidos, especialmente, quando atenta contra a harmonia da ordem constitucional.

Os resumidos comentários que acabamos de fazer sobre a modulação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade das leis abrem campo para que enfoquemos, de modo objetivo, a jurisprudência construída pelo Supremo Tribunal sobre o sequestro de verba pública pelo Poder Judiciário para pagamento de precatório, destacando-se a aplicação da entidade em exame.

---

<sup>99</sup> OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11521&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521&revista_caderno=9)>. Acesso em: jul. 2015.

## 6 DO SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA PELO PODER JUDICIÁRIO PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS. DECISÕES DO STF SOBRE O TEMA

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim, conforme determina o art. 100, *caput*, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 62, de 2009.

Os §§ 1º a 16 do mencionado artigo estabelece regras específicas a serem seguidas para a liquidação de tais débitos da Fazenda Pública, com destaque, por ser o tema a ser examinado e comentado no presente artigo, o § 6º assim redigido:

*As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional 62, de 2009).*

Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de, com base no § 6º, do art. 100, da CF, o Presidente do Tribunal determinar o sequestro da quantia respectiva para o pagamento do débito do Poder Público, abre a permissibilidade da construção, sem esgotar o assunto, dos seguintes enunciados:

a) – O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo 665.707, em outubro de 2012, reconheceu haver repercussão geral quando for decretado sequestro de verbas públicas para pagamento de crédito a portador de moléstia grave sem observância à regra dos precatórios. O entendimento do STF foi no sentido de que

*o recurso merece ter reconhecida a repercussão geral, haja vista que o tema constitucional versado nestes autos é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, e ultrapassa os interesses subjetivos da causa, uma vez que alcança uma quantidade significativa de credores da Fazenda Pública e poderá ensejar relevante impacto financeiro no orçamento dos entes públicos.*

O fundamento do Recurso Extraordinário é de que a decisão de segundo grau violou os arts. 5º. II e 100, § 2º, da Constituição Federal.

b) O STF entendeu haver repercussão geral de ordem jurídica e econômica no RE 612.707-SP, por ter havido pagamento com expedição de ordem de sequestro de verba pública, em crédito de natureza alimentar com o reconhecimento de distinção de regimes e ocorrência de quebra na ordem cronológica. O voto do relator acolhido e projetando a repercussão geral está assim fundamentado, na parte essencial:

*Entendo que a controvérsia possui repercussão geral. A questão constitucional versada neste recurso consiste em definir, à luz do art. 100, caput e § 2º, da Constituição, bem como do art. 78 do ADCT, o significado da preferência dos créditos alimentares diante da existência de duas ordens diferentes, uma relativa aos precatórios alimentares e outra relativa aos precatórios não alimentares. O tema apresenta repercussão jurídica, porquanto a interpretação a ser conferida por esta Corte ao art. 100, caput e § 2º, da Constituição e ao art. 78 do ADCT norteará o julgamento de inúmeros processos similares a este, notadamente para esclarecer se o pagamento de crédito comum antes do alimentar importa quebra da ordem cronológica de pagamento de precatório, autorizando a expedição de ordem de sequestro de recursos públicos. É certo, ainda, que a discussão também apresenta relevância do ponto de vista econômico, uma vez que a definição sobre o tema poderá ensejar relevante impacto financeiro no orçamento dos entes públicos. Assim, com base nos motivos acima expostos, verifico que a questão constitucional trazida aos autos ultrapassa o interesse subjetivo das partes que atuam neste feito, o que recomenda sua análise por esta Corte.*

c) O STF reconheceu existir repercussão geral de natureza jurídica e econômica no Recurso Extraordinário 659.172 – SP, onde a discussão está limitada a se definir se é possível o sequestro de rendas públicas para pagamento de precatórios expedidos antes da EC 62/09, isto é, se eles passam a seguir o novo regime constitucionalmente instituído.

d) Na Rcl 13002, em sede de Agravo Regimental, o STF decidiu que:

*1. A eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional 30/2000, que introduziu o art. 78 do ADCT, foi suspensa no julgamento da medida cautelar nas ADIs 2.356 e 2.362. 2. Viola a autoridade da referida decisão o ato que determina o prosseguimento de sequestro de verbas públicas fundado no art. 78, § 4º, do ADCT. 3. Agravo regimental desprovido.*

e) – Na Rcl 15168 o STF decidiu que

*O deferimento de sequestro de verbas públicas para o pagamento de parcelas vencidas de precatório com fundamento na Emenda Constitucional 30/00, depois de este Supremo Tribunal ter suspenso a eficácia do art. 2º da Emenda Constitucional 30/00, pelo qual se introduziu o art. 78 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desrespeita as decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.356 e 2.362.*

f) Está assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que há

*Impossibilidade de a legitimidade da alteração no regime constitucional de sequestro de verbas públicas para adimplemento de valores devidos pelas Fazendas Públicas Federal, estaduais ou municipais ser analisada originariamente pelo STF em sede de reclamação constitucional (Rcl 16580 AgR / CE).*

g) Decidiu, também, o STF:

*O vencimento de prazo legal para pagamento de precatório não é motivo suficiente para dar ensejo ao sequestro de verbas públicas, uma vez que não se equipara à preterição da ordem de precedência. (Rcl 2425 / ES).*

h) É da jurisprudência do STF:

**O sequestro de verbas públicas na hipótese de precatório alimentar não se confunde com aquela outra constrição derivada de parcelamentos inadimplidos nos termos do art. 78, § 4º, do ADCT. (Rcl 5730 / RS)**

i) Firmou o STF a convicção de que:

**Tratando-se de precatório de natureza não-alimentar, como na hipótese dos autos, admite-se a incidência do art. 78, § 4º, do ADCT que permite o sequestro de recursos financeiros da entidade executada uma vez vencido o prazo de pagamento, em caso de omissão no orçamento ou de preterição ao direito de preferência. (Rcl 5730-RS).**

j) Ainda assentou o STF:

*O sequestro de verbas públicas para o pagamento do débito do Poder Público sujeito à moratória, consoante art. 78, § 4º, do ADCT, não foi objeto de apreciação no julgamento das ADIs 1.662/SP e 1.098/SP, fato que inviabiliza a utilização do incidente da reclamação constitucional. (Rcl 4116 AgR / SP).*

k) É do STF a jurisprudência de que:

*1. Reclamação ajuizada contra ordem de sequestro devido à inadimplência relativa à segunda, à terceira, à quarta e à quinta parcela de crédito submetido ao art. 78 do ADCT (EC 30/2000). (ADI 1.662 – “única hipótese de sequestro”) 2. A ordem de sequestro não viola a autoridade da ADI 1.662, na medida em que, naquela oportunidade, a Corte nada decidiu a respeito da aplicabilidade do art. 78 do ADCT aos créditos submetidos ao segundo parcelamento constitucional. Esta Corte não afirmou a existência de tão-somente uma única hipótese de sequestro de verbas pú-*

blicas para satisfação de valor que deve ser pago pela sistemática do precatório. O pronunciamento da Corte limitou-se a afirmar que, para os créditos alimentares, não abrangidos pelo segundo parcelamento constitucional (art. 78 do ADCT), a única hipótese de sequestro continuava a ser a preterição ou a quebra de ordem cronológica. (ADI 1.689 – regra da não-afetação das receitas oriundas de impostos) 3. O bloqueio de verbas públicas não viola a autoridade da ADI 1.689, pois não há qualquer semelhança entre o campo de aplicação da regra constitucional de não-afetação prévia de receitas originadas da cobrança de impostos e a situação marcada pelo sequestro de verbas públicas para corrigir o inadimplemento de parcela da segunda moratória constitucional. Na sistemática da EC 30/2000, o sequestro de verbas públicas para solver o precatório, na hipótese de inadimplemento, calibrou os prejuízos trazidos pela imposição do parcelamento, em dez anos, do pagamento dos precatórios não-alimentares e valor superior ao estipulado em lei. Fosse o objetivo da inovação constitucional apenas manter o sequestro de verbas públicas apenas na hipótese de quebra de ordem cronológica, bastaria repetir o que já disposto no art. 100 da Constituição, aplicável aos precatórios que não foram submetidos à segunda moratória constitucional. (ADI 114-MC – impossibilidade da constrição de valores recebidos para aplicação em finalidades definidas por convênio entre entes federados) 4. A constrição não ofende a decisão monocrática proferida nos autos da ADPF 114-MC, seja por ausência de estabilidade da decisão, pendente de referendo, seja porque a decisão reclamada não afirma a possibilidade de bloqueio de verbas às quais a Constituição ou os convênios dêem destinação específica. Matéria que depende de fixação de quadro fático-probatório. (ADI 3.401 – reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre matéria orçamentária) 5. A autoridade da ADI 3.401 está incólume, na medida em que a ordem de sequestro tem por fundamento expresso o art. 78, § 4º do ADCT e não consiste em prévia destinação do produto da arrecadação de impostos, capaz de violar a reserva de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo prevista no art. 167 da Constituição. (ADI 47 e ADI 571 – quebra de ordem cronológica dos precatórios alimentares) 6. Ausência de violação da ADI 47 e da ADI 571, pois a ordem de sequestro é medida constitucionalmente prevista, destinada a calibrar e a ponderar os prejuízos decorrentes do segundo parcelamento constitucional. Portanto, não há que se cogitar de risco da quebra de ordem cronológica de pagamento de precatórios, não autorizado pela Constituição. Agravo conhecido, mas ao qual se nega provimento. (Rcl 5719 AgR / SP).

1) Fixou o STF a convocação de que:

*A reclamação que tem por objeto a desconstituição de ordem de sequestro de verbas públicas fica prejudicada com o repasse dos valores bloqueados aos respectivos credores (Rcl 5472 AgR / AC).*

m) Decidiu o STF que:

*No julgamento da ADI 1.662/SP, a Corte declarou a inconstitucionalidade da criação de outras hipóteses autorizadoras do sequestro de verbas públicas, alheias à previsão do artigo 100, § 2º, da Constituição Federal.) (Rcl 6134 AgR / SP).*

n) Diz o STF que há

**Impossibilidade de bloqueio de verba pública para assegurar cumprimento de sentença. Alegação de requisição de pequeno valor. Impossibilidade de reexame de provas. Incidência da súmula n. 279 do supremo tribunal federal. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a única hipótese autorizadora de sequestro de bens públicos é a da ocorrência de quebra da ordem cronológica no pagamento de precatórios. (AI 598790 AgR / RS)**

o) É relevante anotar que o ST proclamou:

*Conforme decidido no julgamento da ADI 1.662, a falta de inclusão de precatório em previsão orçamentária não é hipótese constitucional de sequestro de verbas públicas, em razão de tal ilícito acarretar outras formas específicas e gravosas de punição e de recondução à normalidade do Estado de Direito. (Rcl 743)*

p) É da orientação jurisprudencial do STF que:

*Segundo orientação firmada por esta Corte, caracteriza-se violação da autoridade da ADI 1.662 ordem de sequestro de verbas públicas, baseada em quebra de ordem cronológica ou de preterição do direito de preferência do credor, se o crédito tido por privilegiado (paradigmático) for devido por ente diverso do sujeito passivo do crédito tido por preterido (Rcl 3.219-AgR, rel. min. Cezar Peluso). (Rcl 3138 / CE).*

07 – DAS DECISÕES PROFERIDAS NA SS 2.287, NO RE 583.932 e NA ADI 4357 e a recente modulação de efeitos.

A ementa da Suspensão de Segurança n. 2.287-BA proclama que:

**Agravo regimental. Suspensão de segurança. Inocorrência de grave lesão à ordem ou à economia públicas. Exclusão de precatório da ordem de pagamento por parte do estado. Ausência de determinação do presidente do tribunal de justiça. Ofensa ao art. 100, § 2º, da constituição da república. 1. Exclusão de precatório do primeiro lugar da fila de pagamentos, pelo Estado da Bahia, sem que tenha havido qualquer determinação da Presidência do Tribunal de Justiça nesse sentido. 2. Hipótese que configura preterição da ordem de precedência. Inteligência do**

*art. 100, § 2º, da Constituição da República. 3. Lei 4.348/64, art. 4º: ino-  
corrência de grave lesão à ordem ou à economia públicas: pedido de  
suspensão de segurança indeferido. 4. Ocorrência de afronta ao art. 100,  
§ 2º, da Constituição da República por parte do Estado da Bahia.  
5. Agravo regimental provido.*

A mencionada decisão foi complementada por aresto proferido em Embargos de Declaração do teor seguinte:

**Ementa.** *Embargos de declaração. 2. Preterição de ordem de pagamento de precatório. Rediscussão da causa. Incabível. 3. Lesão à ordem e à economia públicas. Não demonstração. Precedente. 4. Embargos de declaração rejeitados.*

Houve o trânsito em julgado do acórdão que se questiona em data de 28.05.2010.

A lide ora em debate foi precedida de decisão liminar concedida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal suspendendo a ordem de sequestro. Eis os fundamentos dessa decisão:

**Decisão.** *O Estado da Bahia requer a suspensão da execução de decisão definitiva prolatada pelo Tribunal de Justiça nos autos do Mandado de Segurança 10979/2003, pela qual foi determinado o sequestro de verbas públicas do valor devido à impetrante e credores cessionários (fl. 235 usque 242).*

*2. A impetração se deu em virtude do ato Presidente do Tribunal de Justiça nos autos do procedimento de requisição da verba necessária à quitação do Precatório 800.445/96 que, ao invés de determinar o imediato sequestro do numerário inscrito no título judicial, solicitou prévias informações à Procuradoria Geral do Estado quanto às providências adotadas para liquidar o débito (fls. 68).*

*3 O requerente alega que o precatório foi expedido açodadamente pela autoridade judiciária em 1996, porquanto o trânsito em julgado da sentença proferida nos embargos à execução – que suspendem a ação executiva – só ocorreu em 1999 (fls. 43) e que, conforme consta das informações prestadas ao desembargador-relator do mandado de segurança, o valor consignado nos cálculos apresentados excede ao efetivamente devido (fls. 141 usque 143).*

*4. Ressalta, ainda, que a ordem de pagamento do precatório foi sustada por decisão do Presidente do Tribunal, até que ocorresse o trânsito em julgado da decisão do juízo de execução, o que somente ocorreu em outubro de 1999, razão por que o precatório somente poderia ter sido apresentado até 31.07.2000, para ser incluído no orçamento do exercício seguinte e liquidado até 31.12.2001. Daí a impertinência da ordem de sequestro determinada pelo relator do mandado de segurança, que convalidou o extemporâneo precatório expedido em 1996 em favor da empresa*



*Ergon Engenharia Ltda e acolheu a alegação da impetrante quanto à ocorrência de preterição do direito de precedência de que trata o artigo 100, § 2º, da CF/88, após a redação dada pela EC 30, de 2000.*

*5. Com essa argumentação, requer o Estado da Bahia a suspensão da medida liminar concedida, por verificar na espécie que a sua execução acarretará grave lesão à ordem e à economia públicas, sendo certo que a determinação do sequestro impugnada neste autos está em confronto com a jurisprudência desta Corte, firmada por ocasião do julgamento da ADI 1662-7/SP, de que fui relator.*

*6. É o breve relatório. Decido.*

*7. A controvérsia desses autos tem natureza constitucional, tendo em vista estar em discussão a inteligência dos preceitos do artigo 100, § 2º, mesmo após a redação dada pela Emenda Constitucional 30, de 2000.*

*8. Consta do processo que o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, reconhecendo que houve precipitação na expedição do precatório em 1996, suspendeu sua execução até que se desse o trânsito em julgado da decisão do juízo de execução, o que somente ocorreu em 13.10.1999, conforme certidão em anexo (fl. 43). Em virtude desse provimento, referido precatório foi excluído da ordem cronológica de sua apresentação.*

*9. Anote-se ainda, porque importante para o deslinde da controvérsia, que a impetrante não se insurgiu contra a mencionada ordem de exclusão e também não comprovou que após o trânsito em julgado do processo de execução tivesse ocorrido qualquer fato indicativo de preterição de seu direito.*

*10. Por outro lado, a inclusão de verba necessária ao pagamento de eventual precatório que houvesse sido expedido somente dar-se-ia após a elaboração e homologação dos cálculos que viessem a ser apresentados (fls. 133). Logo, até a conclusão desses procedimentos não era dado exigir do Estado da Bahia a inserção na lei de orçamento de verba necessária ao pagamento do débito.*

*Decorre desse entendimento a insubsistência da alegada preterição e a impossibilidade da decretação da medida de sequestro.*

*11. Esta Corte, por ocasião do julgamento da ADI 2124-2, Pleno, DJ 19.09.03, de que fui relator, analisou hipótese idêntica à questão abordada nesse pedido de suspensão de segurança. Assim como nesses autos, a Instrução Normativa 11/97 do TST, destinada a uniformizar os procedimentos relativos às execuções contra a Fazenda Pública, incluía a não-alocação de recursos para pagamento de precatórios como ato de preterição de que tratam os § 1º e § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. Este Tribunal, no ponto, declarou inconstitucional aquele diploma legal. Transcrevo, para maior clareza, os itens 1 e 2 da ementa do acórdão, que traduzem a interpretação desta Corte:*

*(...) 1. Prejudicialidade da ação em face da superveniência da Emenda Constitucional 30, de 13.09.2000. Alegação improcedente. A referida Emenda não introduziu nova modalidade de sequestro de verbas públicas*

*para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra imposta pelo art. 100, § 2º da Carta Federal, que o autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor. Preliminar rejeitada.*

*2. Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do sequestro, após a oitiva do Ministério Público.*

*12. Nessas condições, tenho presentes os pressupostos necessários à suspensão da segurança. Resta evidente a possibilidade de grave ameaça ao erário e à ordem jurídica (Pet AgReg) 2066/SP, Pleno, DJ de 28.02.03). Assim sendo, com base no art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, defiro o pedido de suspensão de Segurança, sem prejuízo de reapreciação desse ato judicial após as informações do Tribunal de Justiça a respeito do julgamento do mandado de segurança e da manifestação da impetrante nestes autos.*

*Intime-se.*

*Brasília, 04 de novembro de 2003.*

*Ministro MAURÍCIO CORRÊA*

*Presidente.*

A Suspensão de Segurança referida, conforme já informado, foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Colhemos do voto condutor do acórdão adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal as razões que sintetizamos da forma a seguir exposta:

- a) o Estado da Bahia atuou ilegalmente no momento em que excluiu, por conta própria, da ordem cronológica, o precatório questionado que era o primeiro da fila, isto é, sem autorização judicial;
- b) a empresa credora impetrou mandado de segurança contra ato omissivo do Presidente do Tribunal que não determinou o sequestro de verbas públicas, para cumprimento da obrigação contida no precatório excluído, por única vontade do Poder Executivo, do primeiro lugar da ordem de apresentação;
- c) não comporta ao Poder Executivo, em nome do Estado, retirar o Precatório em discussão da ordem cronológica de pagamentos, em flagrante usurpação de atribuição exclusiva da Presidência do Poder Judiciária estadual;
- d) não procede a alegação feita pelo Estado da Bahia no sentido de que não tinha ocorrido, ainda, o trânsito em julgado da decisão executada, em face da documentação acostada aos autos;

- e) mesmo se a razão quanto ao trânsito em julgado estivesse com o Estado da Bahia, isso não o autorizaria a retirar, por conta própria, o Precatório do primeiro lugar da ordem cronológica de pagamentos, sob pena de afronta ao devido processo legal;
- f) o Estado, por dispor de mecanismos e recursos legais para impedir o pagamento em discussão, não deve assumir funções exclusivas que não as suas, sob pena de subversão da ordem constitucional;
- g) há de se ter em consideração que o caso examinado não trata de não-inclusão da verba necessária ao pagamento do Precatório, mas de sua exclusão deliberada da ordem cronológica de pagamentos, quando estava na iminência de ser liquidado;
- h) não há que se falar em lesão à ordem pública no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia que concedeu a segurança;
- i) a retirada indevida do precatório da ordem natural implica, a partir do equívoco, preterição de direito subjetivo da parte interessada;
- j) o Estado da Bahia não comprovou cumprimamente a alegação de que o acórdão proferido no mandado de segurança, se executado, provocaria grave lesão à ordem e economia públicas, fazendo, apenas, considerações genéricas.

O acórdão proferido na Suspensão de Segurança ora examinada fixou, em conclusão, o entendimento pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Estado, por sua conta própria, não tem competência legal para retirar precatório incluído pelo Tribunal de Justiça na lista cronológica para pagamento. Outrossim, que o seu ato foi abusivo pelo que merecedor de controle por via de mandado de segurança.

É de ser ressaltado que o Supremo Tribunal Federal reafirmou, na mencionada decisão, que, para fins de Suspensão de Segurança, a alegação de que a execução do acórdão provocará lesão grave a ordem e a economia pública deverá ser provada com o máximo de intensidade, a fim de que a respeito não sobressaia qualquer dúvida.

A seguir, o mandado de segurança impetrado e já mencionado, após ter sido concedido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, foi atacado por Recurso Extraordinário, o de n. 583.932, que ao ser julgado, recebeu confirmação do que até então havia decidido na Suspensão de Segurança, conforme ementa do teor a seguir citado:

**Ementa: recurso extraordinário. Exclusão, pelo estado, de precatório da ordem cronológica de pagamento. Ausência de determinação do presidente do tribunal de justiça. Contrariedade ao § 2º do art. 100**

**da constituição da república. Alegação de preterição não comprovada. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.**

*1. O Tribunal de origem concedeu a segurança para determinar o sequestro de verbas públicas, tendo em conta a retirada, por iniciativa do Estado da Bahia, de precatório que figurava no primeiro lugar da ordem de apresentação, sem determinação do Presidente do Tribunal de Justiça. Circunstância configuradora de preterição da ordem cronológica de pagamento (§ 2º do art. 100 da Constituição). Entendimento confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 2.287, Relatora a Ministra Ellen Gracie.*

*2. Concluir de forma diversa daquela assentada pelo Tribunal de Justiça demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento que não pode ser adotado em recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal.*

*3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.*

Em suma: assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento analisado, que o Estado, por vontade sua, não tem competência constitucional, nem legal, para retirar precatório da ordem cronológica estabelecida pelo Tribunal de Justiça.

Por último, passamos a analisar a ADIN 4357 e a ADIN 4425 julgadas conjuntamente em 25.03.2025, sem acórdão publicado, e os seus reflexos na ordem jurídica.

A referida ADIN recebeu, ao término do seu julgamento, a proclamação seguinte:

Decisão: Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Min. Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos:

- 1) modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional 62/09, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016;
- 2) conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber:
  - 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional 62/09, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especi-

- al (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e
- 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis 12.919/13 e Lei 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária;
  - 3) quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial:
    - 3.1) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional 62/09, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades;
    - 3.2) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado;
  - 4) durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT);
  - 5) delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e
  - 6) atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Min<sup>a</sup>. Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso,

Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.

A modulação dos efeitos jurídicos da decisão foi exercida plenamente pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADIN que estamos a registrar.

É de ser destacado que, quanto à modulação, o Ministro Marco Aurélio ficou vencido com voto fundamentado na expansão do seu convencimento assim posto:

**O senhor Min. Marco Aurélio.** *Presidente, destaco o óbvio: já é muito difícil julgar situação jurídica constitucional concreta. O que podemos dizer consideradas as milhares de controvérsias e sem a audição das partes? Das partes envolvidas nos processos que retratam essas controvérsias? Tenho repetido, Presidente, que vivemos uma quadra muito estranha, de abandono de parâmetros, de colocação de princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito em segundo plano, quadra em que o dito passa pelo não dito, o certo por errado e vice-versa.*

*Não sei, com pureza d'alma, onde vamos parar com esse esgarçamento das instituições pátrias!*

*O processo, Presidente, é objetivo. Cumpre ao Supremo, tão somente, proceder ao cotejo do ato impugnado com a Constituição Federal. O Supremo age unicamente como legislador negativo. Jamais, por melhor que seja a intenção, como legislador positivo.*

*Todos sabem que sou contra a modulação, ressalto que a modulação implica tornar a Lei das leis, a Constituição Federal, um documento flexível. Estimula a edição de normas inconstitucionais – e esse estímulo ocorre no tocante àqueles que acreditam na morosidade da Justiça e no famoso “jeitinho” brasileiro.*

*O que nos autoriza implementar, a essa altura, um tratamento que não seja igualitário, presentes os jurisdicionados, e simplesmente dizer que todos aqueles que, acreditando na Justiça, a ela recorreram e questionam a constitucionalidade da Emenda Constitucional 62/09, por exemplo, da tomada da TR como fator de correção, estarão excluídos das consequências da declaração de inconstitucionalidade da Emenda 62?*

*Precisamos ser pragmáticos? Precisamos. Mas em termos, porque cabe observar, acima de tudo, um princípio caro a uma democracia, o do devido processo legal.*

*A modulação proposta cria, pouco importando o inconformismo já formalizado perante o Judiciário, credores diferentes, credores da Fazenda que terão créditos corrigidos segundo cláusula proclamada inconstitucional pelo Supremo e que estão litigando, estão em Juízo esperançosos quanto à atuação do Estado-Juiz. E credores outros que terão créditos corrigidos, como devem ser para que não haja a perda do poder aquisitivo, por indexador diverso – no caso, o IPCA-E.*

*O que estamos a fazer em última análise? Estamos a substituir o Congresso Nacional. Estamos a reescrever a Carta da República. E o que é pior: delegando ao Conselho Nacional de Justiça essa prática. Já se disse, aqui, que o Conselho Nacional de Justiça trará ao Plenário – ao Plenário reunido – não em sessão administrativa, mas em sessão jurisdicional – uma proposta normativa. Não somos legisladores!*

*Presidente, a autocontenção é princípio implícito na Constituição Federal. A Lei Maior revela – e revela em ordem que sinaliza alguma coisa – três Poderes tidos como harmônicos e independentes. Essa disposição encerra sistema de freios e contrapesos, encerra, acima de tudo, o controle do poder. Esse controle do poder é recíproco. Não podemos mais, à margem da Carta Federal, do que o Congresso Nacional. Relativamente à ordem em que mencionados os Poderes, tem-se: em primeiro lugar, o Legislativo, a normatizar; em segundo, o Executivo, que executa o direito posto; e, em terceiro lugar, como última trincheira da cidadania para verificar-se o merecimento do que pleiteado, presente conflito de interesse, o Judiciário. A autocontenção cumpre, como princípio implícito na Lei Fundamental, a todos os Poderes.*

*Quando o Supremo avança e extravasa certos limites como o guarda maior da Constituição Federal, lança um bumerangue que pode voltar à respectiva testa.*

*Não sei, Presidente, talvez esteja vivendo tempos que não são os meus tempos, mas vejo com muita preocupação a quadra vivenciada. A modulação hoje é a tônica, modulação que, para se imaginar – se é possível, constitucionalmente, imaginar-se a modulação –, deveria ser exceção, mas está barateada. Já ouvi, neste Plenário, proposta para modular-se, inclusive, julgamento, implementado em processo subjetivo.*

*Não sei, Presidente – e falo para que fique registrado nos anais do Supremo –, onde vamos parar. Tempos estranhos! Quadra vivenciada das mais estranhas! Há quem diga que, para se evoluir, deve-se chegar a um extremo quanto à perda de parâmetros e abandono de princípios. Não penso desse modo.*

*Por isso, deixando consignada a forma de pensar com o que vem ocorrendo e ressaltando, mais uma vez, que a modulação proposta implica o término, praticamente, dos processos subjetivos em curso, em que se questiona e se lança como causa de pedir, justamente, o que se acaba de declarar inconstitucional, voto no sentido de que não cabe – muito menos com as previsões que acabei de ouvir, para meu espanto – a modulação. Não cabe, até mesmo considerado conceito de justiça, no que ela acaba por distinguir credores e resultar na decisão de milhares de processos que estão em curso, em que há a discussão sobre a liquidação de débito, sobre a atualização de débito.*

*Voto contra, Presidente, a modulação, ressaltando, mais uma vez, que estou perplexo com o caminhar e com o conteúdo das decisões sob o ângulo desse instituto. Somos guardas da Constituição Federal, mas a ela, como o próprio povo, também estamos submetidos, sob pena de adotar aquela máxima popular “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”.*

O acórdão do STF das ADINS citadas não foi, ainda, publicado.

Interessante acentuar que o debate está aberto para bem ser compreendida a modulação dos efeitos da decisão destacada feita pelo Supremo Tribunal Federal.

## 7 REFERÊNCIAS

ASSIS, Christiane Costa. Os riscos da modulação temporal de efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8528)>. Acesso em: jul 2015.

OLIVEIRA, Márcia Lima Santos. Modulação dos efeitos temporais no controle de constitucionalidade difuso. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11521&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11521&revista_caderno=9)>. Acesso em: jul. 2015.



# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA

*José Mauricio Conti<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Sistema Orçamentário Brasileiro; 3. Lei Orçamentária. Natureza Jurídica e Características; 4. Controle de Constitucionalidade no Brasil; 4.1. No que se refere ao tipo de inconstitucionalidade; 4.2. Quanto ao momento em que ocorre; 4.3. Quanto ao órgão controlador; 4.3.1. Controle jurisdicional; 4.4. Principais instrumentos de controle jurisdicional concentrado; 4.4.1. Ação direta de inconstitucionalidade – ADI; 4.4.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ACO; 4.4.3. Ação declaratória de constitucionalidade – ADC; 4.4.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; 4.5. Considerações sobre as ações em matéria orçamentária; 5. Controle de Constitucionalidade das Leis Orçamentárias no Brasil; 6. Controle Judicial de Constitucionalidade e Políticas Públicas; 6.1. Saúde; 6.1.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45: recursos mínimos em saúde; 6.1.2. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175: fornecimento de medicamentos; 6.2. Educação – Recurso Extraordinário (RE) 436.996-4 – educação infantil: vagas em creche; 6.3. Situação carcerária – Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, “estado de coisas inconstitucional” e a repercussão geral no RE 592.581; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Este texto tem a finalidade de trazer, em uma visão bastante breve, uma panorama da experiência brasileira de controle de constitucionalidade em matéria orçamentária, destacando-se o posicionamento que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem adotado no tema.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Financeiro pela USP. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

A lei orçamentária, ante suas peculiaridades, apresenta diversas dificuldades e aspectos controvertidos no que se refere à aplicação do sistema de controle de constitucionalidade, não somente no Brasil, como nos demais países, cada qual adotando soluções próprias e adaptadas ao seu ordenamento jurídico para a questão.

Nesta síntese em que se pretende expor o assunto, de início, dá-se uma noção sobre nosso sistema orçamentário, para em seguida expor a questão da natureza da lei orçamentária, que é central para a discussão acerca do controle de constitucionalidade nessa matéria, cujo funcionamento é delineado no item subsequente.

Em seguida, trata-se do tema central, que é o controle de constitucionalidade da lei orçamentária no Brasil, no qual se pode ver sua evolução histórica, para, ao final, tratando de políticas públicas com reflexos orçamentários, analisarem-se casos concretos da jurisprudência brasileira em que o controle de constitucionalidade se mostrou presente.

## 2 SISTEMA ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO<sup>2</sup>

A lei orçamentária no Brasil integra um sistema de planejamento financeiro da ação governamental, composto basicamente por três leis – o plano plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o orçamento público propriamente dito, a lei orçamentária anual (LOA). O PPA estabelece as diretrizes e metas da administração pública para o período de um mandato, estabelecendo um planejamento orçamentário da administração pública do ente federado para o médio prazo, que se completa com a lei de diretrizes orçamentárias, responsável por estabelecer anualmente as diretrizes e metas a serem contempladas na lei orçamentária, e as metas fiscais para três anos, institucionalizando o sistema de planejamento deslizante, e, por fim, a lei orçamentária anual, que estabelece as receitas e despesas para o exercício financeiro.

O *plano plurianual* é lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, cuja finalidade é estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como para as relativas aos programas de duração continuada (Constituição, art. 165, § 1º). Direciona-se às despesas

---

<sup>2</sup> Já fiz referência ao assunto no livro CONTI, José Mauricio. **Autonomia financeira do Poder Judiciário**, 2006, e no texto CONTI, José Mauricio. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (Coords.). **Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais**. Florianópolis: Conceito Editorial – IBDF, 2010. p. 39-56, com trechos em parte reproduzidos.

que têm relevância no longo prazo, e são importantes para definir os rumos da administração pública no futuro. Baliza também os planos e programas nacionais, regionais e setoriais (CF, art. 165, § 4º), exercendo papel fundamental no planejamento das políticas públicas.

A *lei de diretrizes orçamentárias*, tal como prevista na legislação brasileira, também é lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, tendo a finalidade de prever as metas e as prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, bem como estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (Constituição, art. 165, § 2º).

A *lei orçamentária anual*, como as duas anteriores, é de iniciativa do chefe do Poder Executivo e tem a finalidade de discriminar a receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo (Lei 4320, de 1964, art. 2º)

Na esfera federal, a lei orçamentária anual compreende três orçamentos (Constituição, art. 165, § 5º):

- a) 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;
- b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;
- c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O Brasil adota a forma federativa de organização do Estado e conta com três esferas de governo: a federal, a estadual e a municipal. Todas elas ficam sujeitas às normas orçamentárias previstas na Constituição e nas leis que veiculam normas gerais de direito financeiro e orçamentário, como é o caso da Lei 4.320, de 1964, e da Lei Complementar 101, de 04.05.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), devendo, por conseguinte, cada uma das esferas de governo editar as três leis de natureza orçamentária anteriormente referidas.

Neste sistema, é importante ressaltar, para os fins que se pretende analisar, que as três leis se vinculam de modo a estabelecer uma política de programação da atividade financeira do Estado, sendo utilizados critérios de classificação orçamentária que procuram ligar as despesas aos resultados, em atenção às diretrizes fixadas pela técnica do orçamento-programa.

### 3 LEI ORÇAMENTÁRIA. NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

É sabida a controvérsia a respeito da *natureza jurídica* da lei orçamentária. Debate-se se teria natureza de lei formal ou material. *Lei formal* por ser um ato normativo editado nos termos do regime jurídico do processo legislativo ordinário, com aprovação do parlamento, mas sem conteúdo material, não gerando direitos e obrigações. Um ato administrativo revestido da forma de lei. *Lei material* porque é lei em sentido pleno, capaz de criar relações jurídicas e inovar no ordenamento jurídico.

Nota-se uma tendência de reconhecer à lei orçamentária uma natureza de lei formal, ou seja, apenas é lei por seguir o processo legislativo próprio da legislação ordinária, sem ter, contudo, caráter material, desprovida de densidade normativa, ausentes as características de generalidade, impessoalidade e abstração<sup>3</sup>; não inova nem introduz normas jurídicas no ordenamento. Apenas prevê receitas e autoriza gastos, sem criar direitos subjetivos e modificar leis tributárias e financeiras. São leis de efeitos concretos, ou seja, possuem objeto determinado e destinatário certo.

Este entendimento tem prevalecido na prática da administração pública, até porque mais conveniente, uma vez que amplia a discricionariedade do Poder Executivo, reduzindo o caráter impositivo da lei orçamentária, sendo a posição que se pode reconhecer como a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que se observe uma forte tendência para a alteração desta posição, como se poderá observar pelas considerações feitas ao longo deste texto.

Mas não é consenso na doutrina brasileira, que tende a adotar posicionamento diverso, observando-se cada vez mais as manifestações de estudiosos no sentido de reconhecer ter a lei orçamentária natureza de lei material<sup>4</sup>.

### 4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição, como norma mais importante para um Estado, depende, para sua fiel observância e segurança jurídica, de sistemas que permi-

<sup>3</sup> Veja-se nesse sentido ASSONI, Sérgio. **Controle de constitucionalidade da lei orçamentária...**, *Op. cit.*, p. 26, e CORREIA Neto, Celso. **O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal...**, *Op. cit.*, p. 121-2.

<sup>4</sup> Como exposto com muita propriedade por Sérgio Assoni Filho: “A mais moderna doutrina preconiza que as leis orçamentárias possuem conteúdo jurídico, enfatizando o seu caráter material, de modo a serem consideradas possíveis objetos de controle jurisdicional de constitucionalidade, pois são vistas como regulares integrantes do ordenamento e, nesta qualidade, estão sujeitas à aferição da legitimidade em face da supremacia constitucional” (ASSONI, Sérgio. **Controle de constitucionalidade da lei orçamentária...**, *Op. cit.*, p. 37)

tam exercer o controle de constitucionalidade, a fim de manter a higidez de seus dispositivos.

No Brasil não é diferente, e o controle de constitucionalidade é bastante amplo, abrangendo vários órgãos e instrumentos por meio dos quais se pode exercê-lo.

Algumas considerações sobre as *classificações* relativas ao controle de constitucionalidade permitem melhor compreender o tema.

#### 4.1 No que se Refere ao Tipo de Inconstitucionalidade

Ocorre a **inconstitucionalidade por ação** quando há incompatibilidade vertical das normas, que pode ser *formal* (autoridade incompetente, procedimento irregular) ou *material* (conteúdo contraria preceito constitucional).

E **inconstitucionalidade por omissão** quando não são praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.

#### 4.2 Quanto ao Momento em que Ocorre

No Brasil, no que se refere ao momento em que ocorre, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo.

O *controle preventivo* realiza-se no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, por meio de instrumentos voltados a evitar a edição de leis inconstitucionais, o que se observa principalmente por meio das comissões que analisam e avaliam os projetos apresentados antes de se transformarem em leis e outros atos normativos.

O *controle repressivo* é realizado essencialmente pelo Poder Judiciário, e pode ser difuso ou concentrado, como se exporá em seguida.

#### 4.3 Quanto ao Órgão Controlador

Identificam-se, no âmbito dos sistemas de controle de constitucionalidade, o controle *político*, efetuado por órgãos de natureza política, como o Poder Legislativo, *jurisdicional*, efetuado pelo Poder Judiciário, que pode declarar a inconstitucionalidade das leis e outros atos, e *misto* (modelo Suíço, com parte submetida e um controle e parte a parte a outro)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo...**, *Op. cit.*, p. 49.

No Brasil, especialmente no que se refere à matéria orçamentária, prevalece o controle jurisdicional.

#### 4.3.1 Controle jurisdicional

**Controle jurisdicional** pode ser *difuso*, quando todos os componentes do Poder Judiciário podem exercê-lo, ou *concentrado*, exercido pela Suprema Corte (no caso, o Supremo Tribunal federal – STF)<sup>6</sup>.

O *controle difuso* é realizado por via de exceção (ou defesa), incidentalmente, no curso de processos judiciais em que se pleiteia o reconhecimento de inconstitucionalidade da lei. Nesse caso, só vale para o processo, e a lei se mantém vigente.

O *controle concentrado* é realizado pela nossa Suprema Corte por via de ação em que se questiona a constitucionalidade de leis e atos normativos, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade.

Quanto ao *modo de exercer esse controle*, pode ser por via de *exceção* ou *incidental*, também conhecido como controle *concreto* (o interessado argui a inconstitucionalidade no caso concreto, como meio de defesa quando demandado); por via de *ação direta de inconstitucionalidade*, por iniciativa do interessado ou autoridade/órgão legitimado; ou por *iniciativa do juiz*.

#### 4.4 Principais Instrumentos de Controle Jurisdicional Concentrado

Há várias formas de se exercer o controle concentrado de constitucionalidade, por meio de ações judiciais voltadas a obter um pronunciamento judicial sobre as questões postas. Em matéria orçamentária, alguns destes instrumentos se destacam como os principais e mais utilizados, e sobre eles far-se-ão breves considerações, que permitam compreender sua função e alcance.

##### 4.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade – ADI

A ação direta de inconstitucionalidade tem previsão no art. 103 da Constituição, tendo sido regulamentada pela Lei 9.868, de 1999, arts. 2º a 12, podendo ser proposta pelas pessoas e órgãos indicados no referido dispositivo legal.

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo...*, *Op. cit.*, p. 49.

Tem por objetivo impugnar lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, e tem efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e órgãos do Poder Público.

É atualmente o principal instrumento de controle de constitucionalidade em matéria orçamentária.

#### **4.4.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ACO**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem previsão no mesmo art. 103 da Constituição, tendo sido também regulamentada pela Lei 9.868, de 1999, arts. 12-A a 12-H, podendo ser proposta pelas mesmas pessoas e órgãos referidos no item anterior.

Tem por objetivo corrigir omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à providência de índole administrativa. Declarada a inconstitucionalidade, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias.

#### **4.4.3 Ação declaratória de constitucionalidade – ADC**

A ação declaratória de constitucionalidade tem igualmente previsão no art. 103 da Constituição, e também está regulamentada pela Lei 9.868, de 1999, arts. 13 a 21, podendo ser proposta pelas pessoas e órgãos referidos no art. 13 (Presidente da República, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal e Procurador-Geral da República).

Tem por objetivo reconhecer a constitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo sobre cuja aplicação exista controvérsia judicial relevante.

#### **4.4.4 Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF**

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem seu fundamento constitucional no art. 102, § 1º, e foi regulamentada pela Lei 9.882, de 1999.

Proposta perante o STF, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Deve a petição indicar o preceito fundamental que se considera violado.

Julgada a ação, serão comunicadas as autoridades e órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

#### **4.5 Considerações sobre as Ações em Matéria Orçamentária**

No âmbito orçamentário, o principal e mais adequado instrumento para o controle de constitucionalidade tem sido a ADI (ação direta de inconstitucionalidade), e, também, a ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), dadas as características da lei orçamentária, especialmente a periodicidade.

No Brasil, essa via principal, por meio de ação, mostra-se a mais adequada ao controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, uma vez que a via incidental exige violação ao direito subjetivo do autor da ação, mais difícil de caracterizar e identificar nessas hipóteses.

### **5 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NO BRASIL**

O STF historicamente adotou a posição de que o orçamento tem natureza de lei formal, de efeitos concretos, insuscetível de controle concentrado de constitucionalidade por ação direta. Normalmente extinguiu as ações sem análise do mérito por impossibilidade jurídica do pedido.

A questão é bem exposta por Celso de Barros Correia Neto, em texto que analisa a evolução do entendimento da Suprema Corte brasileira pela análise dos principais casos em que se discutiu o controle de constitucionalidade em matéria orçamentária<sup>7</sup>.

Na ADI 1640, em que o caso envolvia eventual inconstitucionalidade de lei orçamentária pela não aplicação de recursos vinculados, o STF fundamentou que *“por se tratar de lei formal, isto é, lei de efeitos meramente concretos, faltariam às leis orçamentárias os requisitos de generalidade e abstração eleitos como condições fundamentais para a viabilidade de controle de constitucionalidade abstrato, especialmente por ação direta de inconstitucionalidade”*.

Vê-se a posição adotada no sentido de enxergar o orçamento público como ato de efeitos concretos, insuscetível de controle abstrato de constitucionalidade<sup>8</sup>. E o controle abstrato não visa tutelar direitos subjetivos, mas à proteção da Constituição em si.

<sup>7</sup> CORREIA Neto, Celso. **O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal.**

<sup>8</sup> *Idem*, p. 116.



Atualmente nota-se uma tendência de alteração no posicionamento do STF, mas as decisões recentes ainda não permitem reconhecer que as leis orçamentárias sejam objeto de controle abstrato de constitucionalidade quanto ao seu conteúdo<sup>9</sup>.

Na ADI 2.108 (parcialmente) e na ADI 2.535 já se havia reconhecido a possibilidade de controle de constitucionalidade por via principal de lei ou norma orçamentária, mas apenas a ADI 2.925 foi tida como precedente para os julgamentos futuros. Nesta ADI 2.925, em que também se questiona a constitucionalidade de lei orçamentária por não se respeitar vinculação de receitas, embora não nos mesmos termos da ADI 1640, uma vez que o objeto da controvérsia era a possibilidade de abertura de créditos suplementares, houve o reconhecimento de que seria cabível o controle de constitucionalidade, por ser caso em que a lei orçamentária revela um grau de abstração<sup>10</sup>.

Na ADI 4048, julgada em 2008, o Rel. Min. Gilmar Mendes, afirma que não se pode isentar leis de controle abstrato, e portanto de praticamente qualquer forma de controle. Os cidadãos sofreriam as repercussões da lei, sem poder questioná-la em juízo. A ADI 4.048 é a decisão mais importante proferida no controle de constitucionalidade de leis e normas orçamentárias no Brasil, por reconhecer a possibilidade de controlar por ADI qualquer lei ou norma orçamentária, independentemente do conteúdo das normas apresentadas. Deixa clara a decisão que

*O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade (STF, ADI 4048, ementa).*

## Representou

*o ápice de uma progressiva evolução jurisprudencial, no sentido de romper com o clássico paradigma que vislumbrava na lei orçamentária uma mera lei formal, para finalmente reconhecer a sua materialidade, admitindo o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias tanto pela via incidental (controle difuso) quanto pela via principal ou direta (controle concentrado)<sup>11</sup>.*

<sup>9</sup> CORREIA Neto, Celso. **O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal...**, *Op. cit.* p. 107.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>11</sup> ASSONI, Sérgio. **Controle de constitucionalidade da lei orçamentária...**, *Op. cit.*, p. 37.

## 6 CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais no Brasil são assegurados pela implementação de políticas públicas voltadas a atender as necessidades da sociedade amparadas pelo texto constitucional, que atribui ao Estado o dever de garanti-los aos cidadãos.

Não há uma definição precisa do conceito de política pública. Pode ser compreendida como sendo “*um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito*”<sup>12</sup>.

Por meio delas se materializam as ações governamentais, e se refletem nas leis orçamentárias, ainda que não explicitamente dispostas e descritas nas leis orçamentárias em programas específicos<sup>13</sup>, tornando relevante analisar as decisões judiciais que as envolvem, ainda que não haja em cada caso um questionamento envolvendo diretamente caso de controle de constitucionalidade.

É o que se pretende fazer a seguir, com a breve exposição de alguns casos selecionados.

### 6.1 Saúde

A área da saúde é aquela que intensificou o chamado “ativismo judicial”, com a proliferação de ações solicitando, em uma fase inicial, o fornecimento de medicamentos, e posteriormente avançando para os pedidos de exames médicos com maior sofisticação e custo e tratamentos de diversas naturezas.

Tornou necessária a reflexão e manifestação, por parte de juízes e tribunais de todo o país, para questões voltadas à abrangência e intensidade da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, e, em face dos reflexos financeiros, nas leis orçamentárias. Teses como a da “reserva do

---

<sup>12</sup> BUCCI, Maria Paula. **O conceito...**, p. 14.

<sup>13</sup> Maria Paula Bucci bem observa que “*A alocação de meios para as políticas públicas abrange possibilidades amplas e diversas, além dos recursos orçamentários. Os meios públicos disponíveis para a implementação de uma política pública podem compreender também créditos fiscais, empréstimos públicos, cessão de uso de áreas ou bens públicos e recursos humanos e materiais*” BUCCI, Maria Paula. **Fundamentos para uma teoria jurídica...**, *Op. cit.*, p. 174).

possível”, da “exaustão financeira” e da “impossibilidade material” passaram a ser discutidas, e as leis orçamentárias a integrar as questões controvertidas.

### **6.1.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45: recursos mínimos em saúde**

No caso em questão, houve alegação de descumprimento de preceito fundamental em matéria de saúde, motivado pelo veto a dispositivo da lei de diretrizes orçamentárias que modificava a forma de cálculo dos recursos financeiros mínimos destinados à saúde, o que comprometeria a aplicação de dispositivo de emenda constitucional (Emenda Constitucional 29/00) que garantia recursos mínimos para a saúde. Com a publicação posterior de lei suprimindo a omissão legislativa, a justificativa motivadora da ação ficou prejudicada, tornando desnecessária sua continuidade.

Mesmo assim, em voto proferido para justificar o arquivamento do pedido, o Ministro Relator, Celso de Mello expôs, em bem arrazoada argumentação, considerações em torno das questões que inicialmente motivaram o pedido, que até hoje são citadas e utilizadas em julgamentos que envolvem a matéria objeto da controvérsia levantada, entre as quais o controle de constitucionalidade em matéria orçamentária.

Foi reconhecida a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, e da validade do uso do instrumento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF no processo de concretização das liberdades positivas.

Destacou o Min. Celso de Mello que “*o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental*”, deixando claras as possibilidades de inconstitucionalidade por ação ou por omissão.

Reconhece não ser atribuição do Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, asseverando, no entanto, que, em bases excepcionais, poderá fazê-lo:

*O Poder Judiciário não deve interferir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.*

Relevante também as considerações acerca das limitações orçamentárias impostas às decisões judiciais, ante as alegações de impossibilidade material de cumpri-las, pela invocação da “cláusula da reserva do possível”:

*A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*

Argumenta que, em se tratando de direitos fundamentais que assegurem o mínimo existencial, somente depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se poderá investir.

A argumentação desenvolvida pelo Ministro Celso de Mello na referida ação, ainda que apenas para motivar o arquivamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sintetiza um importante momento na inflexão ocorrida na Suprema Corte brasileira em torno da compreensão acerca da interferência do Poder Judiciário em políticas públicas e seus reflexos orçamentários, e suas razões até hoje fundamentam decisões nestes temas.

### **6.1.2 Suspensão de tutela antecipada (STA) 175: fornecimento de medicamentos**

Nesse caso, vê-se que a discussão não se concentra em questões relacionadas diretamente ao controle de constitucionalidade, não havendo uma solução que se volta ao aspecto da constitucionalidade de leis e atos normativos, mas um reconhecimento de que é preciso aplicar eficaz e adequadamente as leis, atos normativos e políticas públicas já existentes e implantadas.

Motivado por um pedido judicial de fornecimento de medicamento para tratamento de doença neurodegenerativa rara, que poderia deter o avanço da doença, aumentando a sobrevida e melhorando a qualidade de vida da paciente, a questão chegou à Suprema Corte com várias questões em debate. O alto custo do medicamento, não registrado nos órgãos sanitários governamentais competentes, a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e a legitimidade passiva do ente da Federação responsável foram objeto de discussões e debates, que se acrescentaram aos aspectos centrais da controvérsia, envolvendo a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas com claros reflexos orçamentários.

A decisão levou em consideração as experiências e dados colhidos em audiência pública realizada no Supremo Tribunal federal em maio de 2009, para tratar do tema “saúde”, na qual foi ouvida a sociedade, por seus órgãos, instituições e pessoas representativos e com especialização neste

assunto, com a finalidade de buscar subsídios para a melhor compreensão das questões abrangidas pelo tema em debate, fornecendo dados e informações relevantes para balizar e fundamentar as decisões judiciais.

O Min. Gilmar Mendes, relator do processo, após tecer considerações sobre o custo dos direitos sociais e a possibilidade de interferência do Poder Judiciário em políticas públicas, analisa o conteúdo do direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição, esmiuçando os elementos nos quais se decompõe, quais sejam: trata-se de um “direito de todos”, que se consubstancia em um “dever do Estado”, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Direciona seu raciocínio para o entendimento no sentido de que

*problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas, ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos*<sup>14</sup>.

Conclui que, em matéria de direito à saúde,

*os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção de políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas dos entes federados*<sup>15</sup>.

Deve-se, por conseguinte, analisar se a prestação de saúde pleiteada em cada caso concreto não está entre as políticas de saúde existentes em decorrência de omissão legislativa ou administrativa, decisão administrativa de não fornecê-la ou vedação legal de sua dispensação<sup>16</sup>. E a obrigação do Estado, em face do disposto no art. 196, restringe-se ao fornecimento de políticas sociais e econômicas por ele formuladas e para a promoção, proteção e recuperação da saúde, devendo ser fixados parâmetros para a concessão das medidas pleiteadas<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> STF, Ag. Reg. na STA 175-CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010, p. 83 dos autos.

<sup>15</sup> *Idem*, STA 175, p. 90.

<sup>16</sup> *Idem*, STA 175, p. 93.

<sup>17</sup> *Idem*, STA 175, p. 95.

## 6.2 Educação – recurso extraordinário (RE) 436.996-4 – educação infantil: vagas em creche

As políticas públicas na área da educação estão entre as que mais têm sofrido interferência do Poder Judiciário no Brasil, logo após a área da saúde.

Predominam casos de solicitação de vagas em creches, o que motivou decisões do Supremo Tribunal Federal neste assunto, como a que se verificou no Recurso Extraordinário (RE) número 436.996-4, proferida em 2005, período marcado pela mudança de orientação na Suprema Corte no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas orçamentárias e da intensidade da interferência do Poder Judiciário em políticas públicas.

Trata-se de caso em que se pleiteava a condenação do Poder Público Municipal na obrigação de assegurar vaga para criança em estabelecimento de educação pré-escolar, fundada no dispositivo constitucional que estabelece ser dever do Estado garantir educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade (Constituição, art. 208, IV), ressaltando ser prioridade absoluta assegurar às crianças, dentre outros, o direito à educação (Constituição, art. 227).

A decisão da Suprema Corte neste caso, relatado pelo Ministro Celso de Mello, determinou à municipalidade assegurar à criança menor de seis anos direito a vaga em estabelecimento pré-escolar, não acolhendo o argumento da impossibilidade de fazê-lo por falta de recursos orçamentários, fundada na tese da “reserva do possível”, por entender que na hipótese trata-se de direito constitucional à educação, que não pode ter sua eficácia comprometida, não se subordinando a razões de pragmatismo governamental<sup>18</sup>, como consta de trecho da ementa:

*A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV) (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos en-*

<sup>18</sup> Como já descrevi no texto “O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil”, publicado na coletânea HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Orgs.). **Direito Financeiro, Econômico e Tributário**. Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 481-496.

*cargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.* (Grifos do original)<sup>19</sup>.

Impôs-se ao Estado, por consequência,

*por efeito da alta significação social da educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal*<sup>20</sup>.

### **6.3 Situação carcerária – arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, “estado de coisas inconstitucional” e a repercussão geral no RE 592.581**

A situação carcerária no Brasil é um problema antigo, recorrente, e particularmente grave sob o ponto de vista jurídico, uma vez que exige do Estado uma especial atenção ao respeito dos direitos e garantias fundamentais de pessoas que estão sob sua exclusiva guarda e responsabilidade<sup>21</sup>.

O mais recente caso em que se pleiteia a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas no Brasil, com potencial para intensificar e qualificar o debate em torno do controle judicial de políticas públicas com reflexos orçamentários deu-se com o início da ação na modalidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 347, em maio de 2015, movida pelo partido político PSOL (Partido Socialismo e Liberdade).

No pedido que inicia a ação, descreve-se o caos do sistema carcerário brasileiro, em que se constatam graves violações aos direitos humanos expressamente consagrados em vários dispositivos constitucionais, como o princípio da dignidade humana, vedação da tortura e tratamento desumano, proibição de sanções cruéis, respeito à integridade física e moral, dentre outros, o que permite reconhecer presente verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, justificando a interferência do Supremo Tribunal

<sup>19</sup> STF, RE 436.996-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. em 22.11.2005.

<sup>20</sup> RE 436.996-AgR/SP, ementa.

<sup>21</sup> Como já escrevi no texto *Solução para a crise carcerária tem significativo reflexo orçamentário*.

Federal e do uso da medida judicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Argumenta que o reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional” já vem sendo utilizado pela Corte Constitucional da Colômbia desde 1997 como técnica decisória “*voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais*”<sup>22</sup>. Acresce não ser o tema novo no Brasil, havendo referências nas ADI 4.357 e 4.425, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, ao tratar de questão envolvendo os precatórios judiciais. Menciona ainda exemplos de outros países, em casos decididos pela Suprema Corte norte-americana (caso *Brown v. Plata*), Corte Suprema argentina (caso *Verbitsky*), Corte Europeia de Direitos Humanos (caso *Torregiani e outros v. Itália*), também sobre a questão carcerária, e a jurisdição constitucional sul-africana (Caso *Grootboom*, em matéria de direito à moradia).

A ação pleiteia reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, motivando uma série de pedidos cautelares voltados a promover soluções de caráter imediato no sentido de amenizar a situação existente, entre os quais se destacam a necessidade de motivar expressamente as prisões cautelares, a realização de audiências de custódia (apresentação imediata de presos à autoridade judicial), que se dê preferência às penas alternativas, e promova-se a liberação de recursos orçamentários destinados ao sistema penitenciário.

No pedido em caráter definitivo pleiteia-se o encaminhamento de um Plano Nacional que, em três anos, supere esse estado de coisas inconstitucional, devendo os Estados e Municípios também elaborar seus respectivos planos, que deverá submetido à homologação e monitoramento pelo STF.

A medida cautelar foi apreciada pelo relator, Ministro Marco Aurélio, e, em decisão de 27.08.2015, o pedido foi acolhido em parte para determinar boa parte das providências solicitadas no pedido inicial. Vários itens da fundamentação merecem destaque, entre os quais o reconhecimento do instrumento da ADPF como apto a impugnar de forma abrangente os atos relacionados às lesões a preceitos fundamentais no âmbito do controle abstrato de normas. E também a existência de “falha estatal estrutural”, dado o amplo espectro de deficiência nas ações estatais, com as políticas

---

<sup>22</sup> O que permite chamar essas demandas de “litígios estruturais”, expressão recentemente utilizada por Oscar Vilhena Vieira ao se referir ao caso (“Litígio estrutural”, **Folha de S. Paulo**, 30.05.2015).



públicas do setor mostrando-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades, justificando que se tomem medidas envolvendo a atuação coordenada e mutuamente complementar dos três poderes de todas as esferas da Federação.

Releva destacar a argumentação reconhecendo e delimitando a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas com importantes reflexos orçamentários. Assevera o Ministro Marco Aurélio que o Supremo Tribunal Federal, na hipótese, estaria exercendo função atípica e excepcional ao interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias, mas não violando o princípio democrático e da separação de poderes, uma vez estando atendidos os pressupostos que caracterizam o estado de coisas inconstitucional. Nesse caso, o Tribunal apenas cumpre a a função de retirar os demais poderes da inércia, em uma intervenção judicial legitimada pela presença de *“padrão elevado de omissão estatal frente a situação generalizada de direitos fundamentais”*, fazendo com que, em um *“cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática”*. Esta medida torna-se correta e suficiente em agindo o Poder Judiciário no sentido de *“interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las”*, devendo *“formular ordens flexíveis, com margem de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros Poderes, cabendo-lhe reter a jurisdição para monitorar a observância da decisão e o sucesso dos meios escolhidos”*, de modo que, ao *“atuar assim, reservará aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico das escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do quadro de inconstitucionalidades, vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações”*, tornando o Tribunal não um elaborador de políticas públicas, mas sim um coordenador institucional.

A decisão segue a mesma linha daquela que havia sido tomada poucos dias antes, no Recurso Extraordinário 592.581, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em que se discute a mesma questão da precariedade do sistema carcerário, destacando o Ministro em seu voto que, demonstrada a *“clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda”* cumpre ao Judiciário, *“por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”*, não havendo que se falar em indevida implementação de políticas públicas por parte do Judiciário. E conclui, em sede de repercussão geral, que

*É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergen-*

*ciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.*

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se do exposto que o Brasil apresenta um bem construído sistema de controle de constitucionalidade, cujo uso vem sendo intensificado nas questões envolvendo matéria orçamentária.

Decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente a partir da década de 2000, mostram uma mudança na tendência, até então predominante, de não admitir o controle de constitucionalidade em matéria orçamentária, e de forte restrição nas questões envolvendo a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas com reflexos orçamentários, para uma postura mais intervencionista e de reconhecimento da possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das normas orçamentárias.

As recentes ações, ainda submetidas à apreciação pela Suprema Corte brasileira, como a que traz ao debate a tese do “estado de coisas inconstitucional”, mostram que muito ainda se pode esperar em termos de avanço no que tange ao controle de constitucionalidade que envolva matéria financeira, e tendem a deixar no passado as teses que restringem o reconhecimento do caráter material da lei orçamentária e da possibilidade de controle de constitucionalidade, o que vai colaborar para que ocupe efetivamente a condição de lei mais importante depois da Constituição e deixe de ser uma peça de ficção<sup>23</sup>.

## 8 REFERÊNCIAS

- ASSONI, Filho, Sérgio. Controle de constitucionalidade da lei orçamentária. *In*: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21-40.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, Salvador, jan/mar 2007.
- \_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLEET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

<sup>23</sup> CONTI, José Mauricio. “Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção”.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-50.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Indústrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre Vendas e Consignações. *Revista de Direito Administrativo*, v. 71, jan./mar., 1963. p. 335.

CHRISTOPOULOS, Basile G. C. **Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias**: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista Brasília*, a. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CORREIA NETO, Celso de Barros. O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal. *In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 111-126.

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

\_\_\_\_\_; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Planejamento e responsabilidade fiscal. *In: SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (Coords.). Lei de Responsabilidade Fiscal*. 10 anos de vigência – questões atuais. Florianópolis: Conceito Editorial – IBDF, 2010. p. 39-56.

\_\_\_\_\_. Orçamento impositivo é avanço para administração. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur**. <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 07 maio 2013.

\_\_\_\_\_. O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil. *In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Orgs.). Direito Financeiro, Econômico e Tributário*. Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 481-496.

\_\_\_\_\_. Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur**. <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 02 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Solução para a crise carcerária tem significativo reflexo orçamentário. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico – Conjur** <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 25 ago. 2015.

CORTI, Horacio G. **Derecho Constitucional Presupuestario**. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

\_\_\_\_\_. Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación em el marco del neoconstitucionalismo periférico. *In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127-185.

DUARTE, Tiago. **A lei por detrás do orçamento**. A questão constitucional da lei do orçamento. Coimbra: Almedina, 2007.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. **Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária**. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2009.

MACHADO, Clara C. **Controle jurisdicional de constitucionalidade em abstrato de lei orçamentária**: análise da ADI 4.048-1/DF. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=428](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=428)>. Acesso em: 27 maio 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. B. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-IDP, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEME, Eliana F.; ARAUJO, Luiz Alberto D. O controle de constitucionalidade de normas orçamentárias. *In*: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). **Orçamentos públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 203-214.

SCAFF, Fernando F.; CONTI, José Mauricio (Coords.). **Lei de Responsabilidade Fiscal. 10 anos de vigência – questões atuais**. Florianópolis: Conceito Editorial – IBDF, 2010.

\_\_\_\_\_. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

# RETENÇÃO DE RECURSOS ENTRE OS ENTES POLÍTICOS E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 160 DA CONSTITUIÇÃO.

Kiyoshi Harada<sup>1</sup>

---

*Sumário: 1. Introdução; 2. Sistema de Partilha e de Participação no Produto da Arrecadação de Tributos é Instrumento que Assegura a Autonomia dos entes Políticos Federados; 3. Interpretação do Parágrafo Único, do art. 160 da CF; 4. O Posicionamento da Jurisprudência em Torno da Interpretação do Parágrafo Único do art. 160 da CF; 5. Conclusões; 6. Referências.*

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 160 e parágrafo único da CF em sua redação original dispunha da seguinte forma:

*Art 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.*

*Parágrafo único. Essa vedação não impede a União de condicionar a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos.*

Esse parágrafo único veio sofrer alteração com o advento da Emenda Constitucional 3, de 17.03.1993, que incluiu os Estados e autarquias federais e estaduais, nos seguintes termos:

*Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.*

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Financeiro e em Ciência das Finanças pela USP. Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário nos cursos de pós graduação lato sensu em diversas instituições de ensino. Autor de 30 obras jurídicas. Acadêmico da Academia Paulista de Letras Jurídicas da Academia Brasileira de Direito Tributário e da Academia Paulista de Direito. Ex Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Finalmente, a Emenda Constitucional 29, de 13.09.2000, além de manter as inovações introduzidas pela EC 3/93, veio a ampliar o alcance da regra excepcional nos termos adiante transcritos:

*A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:*

*I – ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;*

*II – ao cumprimento do disposto no art. 198 e § 2º, incs. II e III.*

Nota-se a gradativa ampliação da exceção constitucional, com a inclusão dos Estados e das *autarquias* federais e estaduais como entes autorizados a promover a retenção de recursos e, ao depois, autorizando a retenção da parcela de tributos cabentes a Estados e Municípios, também, nas hipóteses de os entes políticos regionais e locais deixarem de aplicar, anualmente, os recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, nos termos dos incs. II e III, do § 2º, do art. 198 da CF em percentuais a serem estabelecidos em lei complementar referida no seu § 3º<sup>2</sup>.

Pelo texto em vigor, a União pode opor restrições ao repasse de recursos pertencentes aos Estados e Municípios, e os Estados podem opor as mesmas restrições em relação às receitas tributárias pertencentes aos Municípios. Por isso, esse parágrafo único não se harmoniza com uma Federação horizontalizada como a nossa. É próprio de uma Federação verticalizada. Posto que do ponto de vista político-econômico se possa falar em entidade política Maior e em entidades políticas Menores, do ponto de vista jurídico, na feliz expressão de Geraldo Ataliba a União, os Estados e os Municípios são entidades juridicamente parificadas<sup>3</sup>. A inclusão das autarquias no elenco do parágrafo único de art. 160 da CF, por meio da EC 3/93, é inconstitucional, como mais adiante veremos.

Para assegurar a autonomia político-administrativa das entidades políticas regionais e locais a Constituição conferiu àqueles entes federados a sua autonomia financeira, outorgando-lhes o poder privativo de instituir e cobrar impostos discriminados nos arts. 155 e 156, respectivamente, além de participar do produto de arrecadação de impostos de outras esferas políticas.

<sup>2</sup> A Lei Complementar 141, de 13.01.2012 estabeleceu para os Estados o percentual de 12% incidentes sobre o total das receitas provenientes de impostos próprios, acrescidas de recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inc. I, alínea *a* e inc. II da CF. Para os Municípios o percentual fixado foi de 15%, incidente sobre as receitas tributárias provenientes de impostos próprios, acrescidas de recursos de que cuidam os arts. 158 e 159, inc. I, alínea *b* e § 3º da CF.

<sup>3</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Por razões de política tributária nacional, a maior parcela da receita derivada coube à União que ficou com sete impostos privativos (art. 153) contra três impostos cabentes aos Estados e outros três conferidos aos Municípios.

Por essa razão, a par da discriminação constitucional de rendas tributárias, para assegurar a autonomia político-administrativa dos entes federados a Constituição prescreveu regras concernentes à repartição de receitas por três modalidades distintas de participação de cada ente federado, que podem ser assim resumidas:

- a) A primeira modalidade está prevista nos arts. 157, I e 158, I da CF. As parcelas do imposto de renda retidos na fonte a qualquer título pelos Estados e Municípios e suas respectivas autarquias ou fundações lhes pertencem, ficando incorporadas às respectivas receitas correntes estaduais e municipais. Essa modalidade corresponde à participação direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no produto de arrecadação do imposto de competência impositiva da União.
- b) A segunda modalidade consiste na participação no produto de impostos de receitas partilhadas (arts. 152, II, 158, II, III, IV e 159, III da CF). Nesses casos, o imposto, ao ser criado, já pertence a mais de uma entidade política, nos exatos limites fixados pela Constituição. É o caso do imposto inominado que vier a ser instituído pela União, nos termos do art. 154, I da CF em que 20% pertence aos Estados e DF. Outras hipóteses são: 50% do produto da arrecadação do ITR de competência impositiva da União que pertence aos Municípios, sendo que na hipótese de opção pelo Município de fiscalizar e arrecadar esse imposto lhe pertencerá os 100% do total arrecadado; 50% do produto de arrecadação do IPVA de competência dos Estados cabe aos Municípios; 25% do produto da arrecadação do ICMS de competência tributária dos Estados pertence aos Municípios.
- c) A terceira modalidade consiste na percepção pelas entidades políticas beneficiadas, de determinadas importâncias provenientes dos produtos de arrecadação de tributos da União, nos termos do art. 159 da CF:

**Art. 159.** A União entregará:

*I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e nove por cento na seguinte forma:*

*(caput e inc. I com a redação dada pela EC 85, de 02.12.2014)*

- a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;*
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;*
- c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;*
- d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;*  
(Alínea d acrescida pela EC 55, 20.09.2207);
- e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;*  
(Alínea e acrescida pela EC 84, de 02.12.2014)
- II – do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados;*
- III – do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.*  
(Inciso III com a redação dada pela EC 44, de 30.06.2004).

As regras retrorreferidas compõem o sistema de partilha e participação no produto de arrecadação de tributos para atender à peculiaridade da Federação Brasileira.

## **2 SISTEMA DE PARTILHA E DE PARTICIPAÇÃO NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS É INSTRUMENTO QUE ASSEGURA A AUTONOMIA DOS ENTES POLÍTICOS FEDERADOS**

Impostos privativos de cada ente político, bem como o sistema de partilha e de participação no produto da arrecadação de tributo alheio são instrumentos assecuratórios da independência financeira dos entes componentes da Federação e, por conseguinte, da autonomia político-administrativa dos Estados e Municípios.

Daí a inserção do *caput* do art. 160 da CF que, sem dúvida alguma, contribui para preservar a autonomia político-administrativa dos entes federados, um dos princípios da Federação, protegido em nível de *clausula pétre*a. O princípio da autonomia dos entes componentes da Federação (art. 18



da CF), a exemplo do princípio da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF), é intocável, não sendo passível de alterações por meio de emendas constitucionais, porque integram o núcleo protegido por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I e III da CF).

Antes do advento da Constituição de 1988 eram comuns as restrições criadas pelos Estados para a entrega dos 25% do produto de arrecadação do antigo ICM aos respectivos municípios, mediante a cobrança de determinado percentual a título de ressarcimento de despesas operacionais decorrentes de cálculos de valores cabentes a cada município, seguidos de transferências de numerários. A jurisprudência de nossos tribunais posicionou-se contra essa praxe dos Estados, exatamente porque essas despesas fazem parte dos encargos do ente político instituidor e arrecadador de impostos com receitas partilhadas. O legislador constituinte ao fixar o percentual da partilha do produto da arrecadação tributária já levou em conta os encargos da entidade política titular da imposição, de sorte a preservar a autonomia financeira e, por conseguinte, a autonomia político-administrativa dos entes da Federação. Não é por outra razão que em relação aos Municípios, o legislador constituinte derivado, atento ao crescimento das demandas de serviços públicos a cargo dos entes políticos que se posicionam na linha de frente no enfrentamento das dificuldades da população, vem ampliando gradativamente o percentual de participação deles no Fundo formado pela União com o produto da arrecadação do imposto sobre a renda e do imposto sobre produtos industrializados (FPM), conforme se verifica das inserções das letras *d* e *e*, do inciso I, do art. 159 da CF pelas Emendas Constitucionais ns. 55/07 e 84/14. Tramita no Congresso Nacional a PEC 426/14 que eleva de 23,5% para 24,5% do produto de arrecadação do IR e do IPI destinado ao FPM.

### **3 INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 160 DA CF**

Como retro verificamos, a faculdade excepcional do parágrafo único foi ampliada no decorrer do tempo e atualmente é possível à União e aos Estados condicionarem a entrega dos recursos constitucionalmente pertencentes aos Estados e aos Municípios ao recebimento de seus respectivos créditos, *inclusive os de suas autarquias*, bem como, à aplicação pelos entes políticos regionais e locais, de recursos mínimos para o setor de saúde, previstos no § 2º, do art. 198 da CF.

Esse dispositivo, por representar uma exceção à regra impositiva do *caput* do art. 160 da CF, que assegura a intocabilidade do princípio fede-

rativo da autonomia dos entes da Federação deve ser interpretado com intensa restrição.

Ao que sabemos o *leading case* foi o bloqueio de recursos do FPE pertencentes ao Estado de Minas Gerais, levado a efeito pelo governo Fernando Henrique, motivado pelo fato de o governo mineiro não ter pago parte da dívida pública decorrente da assunção pela União de toda a dívida pública do Estado Federal Brasileiro para fins de renegociação com organismos internacionais. Na época apenas a União detinha essa faculdade excepcional.

A expressão “condicionar a entrega de recursos” de que cuida o texto constitucional sob análise não tem o sentido de autorizar o bloqueio ou a retenção de recursos pertencentes ao ente político contemplado, muito menos o de compensar unilateralmente os recursos do FPE ou do FPM com os créditos da União ou dos Estados, respectivamente. Nesse sentido é também a lição de Regis Fernandes de Oliveira:

*Ora, o que está escrito é a possibilidade de ocorrer o **condicionamento** da entrega, o que não significa retenção. Pode-se condicionar mediante obrigação de alocação de recursos na próxima proposta orçamentária, por exemplo. Jamais reter, sem causa constitucional (inc. I do parágrafo único do art. 160). [...] O dispositivo no entanto, apenas admite o condicionamento, não a satisfação do próprio crédito<sup>4</sup>.*

Verificado o inadimplemento do Estado ou do Município cabe à União e ao Estado condicionar o repasse dos recursos do FPE ou do FPM, conforme a hipótese, o que implica, necessariamente, abertura de processo administrativo seguido de notificação do ente político devedor em obediência aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF).

A regra geral, decorrente do princípio da não intervenção, é a proibição dos entes políticos de promover a retenção ou a restrição à entrega de recursos financeiros pertencentes aos Estados e aos Municípios. Essa regra geral decorre do princípio federativo da autonomia dos entes políticos que compõem o Estado Brasileiro.

Tanto é assim que o art. 34, inciso V da CF prescreve que a “União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

*[...] V – reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabe-*

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 249.

*lecidos em lei; [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] c) autonomia municipal; [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.*

Em perfeita sintonia com o art. 34 retromencionado, dispõe o art. 35 da CF que o

*Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; [...] III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços de saúde;*

Dos textos transcritos conclui-se que:

- a) A não intervenção é regra geral, sendo exceção a intervenção nos casos taxativamente elencados na CF;
- b) A União não pode intervir nos Municípios, mas pode intervir nos Estados que deixarem de entregar aos Municípios as receitas tributárias que lhes foram atribuídas pela CF;
- c) O Estado pode intervir nos Municípios que deixar de pagar, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos a dívida fundada.

A figura da intervenção surgiu na Constituição de 1934 (art. 12 e parágrafos) como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade inexistente na época. Dentre os objetivos da intervenção estava o de suspender os efeitos de leis que atentassem contra os princípios constitucionais enumerados no inciso I, do art. 7º (forma republicana representativa; independência e coordenação de poderes; temporariedade das funções eletivas; autonomia dos Municípios; garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; prestação de contas da administração; possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; e representação das profissões). Verifica-se, pois, que a intervenção que inicialmente era prerrogativa apenas da União, hoje, constitui prerrogativa da União e dos Estados nos casos taxativamente enumerados na Constituição. Com o advento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – o instituto da intervenção caiu em desuso, porque a ADI é um meio processual bem mais rápido para suspender os efeitos da lei ou do ato de natureza normativa.

O exame sistemático dos dispositivos constitucionais até aqui analisados permite vislumbrar a conexão existente entre o instituto da intervenção e a faculdade prevista no parágrafo único, do art. 160 da CF que permite

aos entes políticos componentes da Federação condicionar o repasse de recursos financeiros pertencentes a Estados e Municípios ao recebimento de seus créditos. Uma autarquia, seja ela federal ou estadual, não ter o poder de intervir nas unidades federadas e por conseguinte não goza das prerrogativas do parágrafo único, do art. 160 da CF. Nesse particular a EC 3/96 que incluiu as autarquias no rol do parágrafo único, do art. 160 da CF é inconstitucional por atentatória ao princípio federativo. O Poder Constituinte Derivado não tem o poder de alterar aquilo que está protegido pelo núcleo das cláusulas pétreas. Não pode a Emenda submeter os interesses de uma pessoa jurídica de direito público interno, componente da Federação, aos desígnios de uma pessoa jurídica que resulta de criação por simples lei ordinária. Autarquia, apesar de sua natureza de direito público não integra o pacto federativo. Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro é “*pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei*”<sup>5</sup>. Na sintética, mas completa definição de Celso Antonio Bandeira de Mello as autarquias são “*peçoas jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa*”<sup>6</sup>.

Incogitável possam as autarquias federal e estadual praticar atos de intervenção nas unidades federadas. Em sendo assim, não cabe a uma autarquia credora do Município, por exemplo, o INSS, condicionar a entrega das cotas do FPM, muito menos reter essas cotas para pagamento de seus créditos, sem que incorra em violação do princípio federativo da autonomia municipal. Cabe à autarquia credora lançar mão de meios suasórios ou de vias processuais regulares para a satisfação de seu crédito.

Os recursos financeiros pertencentes aos Municípios sequer podem ser vinculados para prestação de garantia ou contragarantia à União para pagamento de débitos para com a autarquia federal apesar da previsão do § 4º, do art. 167 da CF *in verbis*:

*§ 4º. É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.*

É tão importante que os Municípios recebam as receitas tributárias que lhes pertencem constitucionalmente, como forma de assegurar a sua autonomia político-administrativa, que a Constituição abriu uma exceção à

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 368-369.

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 160.

regra da não intervenção, para permitir que a União intervenha nos Estados que deixarem de repassar a seus Municípios, no prazo legal, aquelas receitas tributárias partilhadas.

Por outro lado, se a União não pode intervir nos Municípios resta claro que com muito maior razão as autarquias federais não podem intervir.

Outrossim, como se verifica, apenas os créditos da União foram privilegiados, e não de suas autarquias. E mais, vincular não significa dar em penhor porque impenhorável é o bem público.

A receita pública derivada é um bem público essencial, inegociável, irrenunciável por vontade do governante, destinado exclusivamente à consecução dos fins do Estado, o que veda a sua destinação total ou parcial para determinada pessoa, física ou jurídica. O tributo deve ingressar no erário pelo seu valor previsto, e uma vez ingressado no tesouro, só pode dele sair em forma de despesa pública aprovada pela Lei Orçamentária Anual. Não se presta à garantia de cumprimento de obrigações assumidas pelo poder público.

Comentando a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receitas permitida pelo inc. IV, do art. 167 da CF assim escrevemos:

*Permitir a oneração de bens públicos e, por conseguinte, a execução direta desses bens, seria anular em bloco todas as providências arroladas no art. 100 e parágrafos da CF que regulam, de forma específica, a satisfação de créditos contra a Fazenda Pública.*

*Com efeito, a execução específica contra a Fazenda não permite a apropriação direta de seus bens pelo credor que, ainda quando amparado seu direito creditório por decisão judicial transitada em julgado, deve submeter-se à ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais. E o processamento desse precatórios é feito de tal forma que concede à entidade política devedora tempo suficiente para incluir o montante do crédito requisitado no orçamento do exercício seguinte, tudo no sentido de preservar o interesse público, que restaria afetado se cada credor pudesse apoderar-se do bem público.*

*Assim, aludidos preceitos constitucionais, de um lado tornam insusceptíveis de penhora os bens públicos de qualquer espécie, de outro lado, proíbem a outorga de preferência a este ou aquele credor, impondo a todos a observância da ordem cronológica, medida que concede à Fazenda Pública tempo razoável para a disponibilização de recursos financeiros necessários à liquidação da despesa pública.*

*Permitir a vinculação da receita de impostos a realizar à garantia de operações creditícias seria o mesmo que possibilitar ao mutuante o recebimento de seu crédito fora o sistema constitucionalmente estabelecido, importando, inclusive, em burlar a preferência outorgada aos titulares de créditos de natureza alimentar.*

*Por tudo isso, a parte final do inc. IV do art. 167 da CF deve ser interpretada com intensa restrição. A garantia aí mencionada não se refere à qualquer espécie de direito real de garantia regulada pelo Direito Comum. Significa tão somente que o Poder Público pode promover despesas por conta das receitas estimadas de impostos, obtendo os respectivos recursos financeiros mediante operações de créditos. A vinculação tem o sentido de preservar o equilíbrio entre o montante do empréstimo público e o valor da receita antecipada, evitando-se situações de desequilíbrio orçamentário. A prestação de garantias a que alude a norma constitucional, na verdade, expressa a garantia de pagamento do empréstimo público mediante a inserção de dotação orçamentária relativa ao serviço da dívida, enquanto perdurar a dívida pública<sup>7</sup>.*

Aludidos comentários são pertinentes ao exame do § 4º, do art. 167 da CF que privilegia os créditos da União, e não os de suas autarquias, assim mesmo, nunca no sentido de permitir a retenção ou execução direta das receitas vinculadas, mas no sentido de que a entidade política devedora deverá manter em sua Lei Orçamentária Anual uma rubrica pertinente às despesas com o resgate da dívida, enquanto perdurar o débito. Não discrepa desse entendimento Regis Fernandes de Oliveira, que comentando o citado § 4º, do art. 167 da CF assim se manifesta:

*A saber, os entes federativos são absolutamente livre para dispor de seus recursos, não os podendo vincular, todavia. Apenas poderão fazê-lo para prestar garantia ou contragarantia à União. É o que decorre do artigo sob comento. Em qualquer hipótese, no entanto, é vedada qualquer restrição à entrega, nos exatos dizeres do art. 160 da CF. Pode apenas ocorrer o condicionamento da entrega dos recursos (parágrafo único do art. 160) Condicionar não significa reter. É criar condições, apenas.*

Mais adiante, comentando o inc. II, do § 1º, do art. 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal que permite à União reter as receitas tributárias dos Estados e Municípios vinculadas a título de contragarantia decorrente de garantia prestada pelo Tesouro Nacional nas operações de crédito interno e externo realizadas pelos entes políticos regionais e locais, assim preleciona:

*O preceito em sua parte final, ao permitir a outorga de poderes ao garantidor para 'retê-las', ou seja, reter as receitas tributárias diretamente arrecadadas e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida, extrapola o texto constitucional. A única exceção, ainda discutível, é o contido no § 4º, do art. 167, introduzido pela EC 3/93. No mais, a providência acautelatória de exigência de contragarantia é inconstitucional. [...] A Constituição não permite a vinculação de tributos, mesmo em*

<sup>7</sup> Cf. nosso HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 138-139.

*se cuidando das receitas transferidas de caráter tributário ou não. A forma normal da cobrança dos créditos é a via suasória ou, esgotadas as possibilidades, é a ida ao Poder Judiciário. Entre os entes públicos não pode ser diferente*<sup>8</sup>.

No nosso entender, o pacto das partes, prevendo a apropriação direta das receitas tributárias vinculadas, costumeiramente inserido nos contratos de operações financeiras conhecidas como Antecipação de Receitas Orçamentárias – AROs –, é nulo de pleno direito, porque receitas tributárias são bens públicos indisponíveis, pois elas se encontram fora do comércio, destinando-se unicamente à consecução das finalidades estatais. A jurisprudência do E. TJESP tem proclamado a nulidade desse tipo de cláusula contratual que vincula as receitas do ICMS para a garantia de pagamento da dívida contraída<sup>9</sup>. Sobre a matéria há um excelente parecer da lavra do jurista Celso Antonio Bandeira de Mello sustentando a absoluta nulidade das leis que autorizaram a Prefeitura de São Paulo a contratar financiamentos com garantia de valores futuros das parcelas do ICM pertencentes ao Município<sup>10</sup>.

Segue-se do exposto, que o parágrafo único do art. 160 da CF deve ser interpretado segundo os princípios de interpretação constitucional, começando por distinguir normas-princípios das normas-disposição que se encontram espalhados na Constituição. O *caput* do art. 160 representa um princípio, ao passo que, o seu parágrafo único configura apenas uma regra. Nesse caso, o conflito resolve-se pela prevalência do princípio sobre a regra que deve ser interpretada de forma mitigada. É dessa forma que se deve interpretar a inclusão das autarquias na parte final do inc. I, do parágrafo único, do art. 160 da CF.

O problema surge em casos de conflitos entre princípios, hipótese em que a única maneira de superar esse confronto é o de interpretar os textos segundo o princípio da unidade constitucional de que fala Canotilho, considerando a Constituição em sua globalidade, procurando harmonizar as normas a serem aplicadas.

Dessa forma, deve-se ter em mente o princípio da não intervenção, assim como a exceção a esse princípio motivada pela necessidade de reorganizar as finanças das entidades políticas regional e local (art. 34, V, *a e b* e art. 35, I da CF) ou para assegurar a observância do princípio da autonomia municipal (art. 34, VII, *c* da CF).

<sup>8</sup> Ob. cit. p. 759.

<sup>9</sup> Ap. Civ. 135.447-1, Rel. Des. Jorge Almeida; Ap. Civ. 168.220-1, Rel. Des. Regis de Oliveira; AI 722.535-3, Rel. Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira – 1º TAC.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Empréstimo público – garantias – parcela de ICM do município**. RDP, v. 91. p. 87.

Outrossim, o princípio da concordância prática ou da harmonização obriga o intérprete a não extrair a validade e aplicação de um determinado princípio à custa do esvaziamento total ou parcial de outro princípio inserido no mesmo plano normativo.

O princípio da interpretação conforme à Constituição, por sua vez, visa evitar declaração de inconstitucionalidade de lei, senão quando não puder ser declarada em harmonia com a Constituição. A aplicação desse princípio interpretativo normalmente se faz em face de preceitos normativos infraconstitucionais polissêmicos, ensejando diferentes alternativas de interpretação, tanto em desconformidade com os textos constitucionais, como em conformidade com os textos da Carta Magna, hipótese em que a segunda alternativa deve prevalecer sobre a primeira delas, evitando-se a declaração de inconstitucionalidade. A interpretação conforme não implica redução do texto interpretado.

Há ainda outros princípios, como o da proporcionalidade que se desdobra em três aspectos fundamentais: a adequação, concernente ao meio adequado para a consecução do objetivo visado; a necessidade significando que o meio escolhido não deve ultrapassar os limites indispensáveis à consecução dos fins visados; e a proporcionalidade em sentido estrito que significa a obtenção do máximo de eficácia com o mínimo de restrição imposta pelo emprego de meios necessário e adequado.

Sem conhecer os princípios de interpretação constitucional, analisando determinado texto constitucional de forma isolada, principalmente da norma-disposição, o resultado alcançado pelo intérprete será necessariamente falho. E julgados existem que, fundados exclusivamente em um determinado princípio constitucional, alcançaram conclusões que não traduzem a vontade expressa na Constituição como um todo.

À luz desses princípios interpretativos não é possível concluir que as autarquias referidas no inc. I, do parágrafo único, do art. 160 da CF tenham a mesma prerrogativa de condicionar a entrega de recursos pertencentes aos Estados, FPE, ou pertencentes aos Municípios, FPM, como forma de percepção de seus créditos. Autarquias não são entes políticos da Federação, sequer dispondo do poder de legislar. Com muito maior razão não podem as autarquias promover retenção da receita tributária pertencente ao Estado ou ao Município por conta de seu crédito ainda que pactuado no contrato.

É verdade que em relação ao INSS o art. 57 do ADCT conferiu essa faculdade de retenção nos seguintes termos:

*Art. 57. Os débitos dos Estados e dos Municípios relativos às contribuições previdenciárias até 30 de junho de 1988 serão liquidados, com correção monetária em cento e vinte parcelas mensais, dispensados os juros*



*e multas sobre eles incidentes, desde que os devedores requeiram o parcelamento e iniciem seu pagamento no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição.*

...

*§ 4º. Descumprida qualquer das condições estabelecidas para concessão do parcelamento, o débito será considerado vencido em sua totalidade, sobre ele incidindo juros de mora; nesta hipótese, parcela dos recursos correspondentes aos Fundos de Participação, destinada aos Estados e Municípios devedores, será bloqueada e repassada à previdência social para pagamento de seus débitos.*

Nota-se que o texto do art. 57 do ADCT configura norma de efeito concreto, regendo a quitação de débitos dos Municípios junto ao INSS mediante pedido de parcelamento em até 120 meses, relativamente às contribuições previdenciárias devidas até 30.06.1988, com dispensa de multa e de juros. O § 4º desse artigo facultou a retenção dos recursos do FPE e do FPM nas hipóteses de inadimplemento das parcelas, para fins de compensação, subordinando os interesses dos Municípios, ente da Federação, ao interesse de uma pessoa jurídica não integrante da Federação, mas resultado de criação por lei ordinária. Outrossim, não se trata de norma de caráter genérico e abstrato, mas de uma norma de efeito concreto que resulta da convenção e da transação entre o devedor e o credor. Com o pacto o Município livra-se dos juros e da multa. Sua eficácia desaparece com o fim das dívidas existentes até 30-6-1988 objetos de parcelamento.

Normas semelhantes ao do art. 57 do ADCT, como aquelas previstas no art. 56 da Lei 8.212/91 ou no art. 91 do Decreto-Lei 612/91 não têm matriz constitucional. Ao contrário, essas normas, ao impedir os Estados e os Municípios em débito com o INSS de receber os repasses do FPE e do FPM, bem como de receber empréstimos, financiamentos, aval e subvenção em geral de órgão da administração direta ou indireta da União, além de interferir indevidamente no pacto federativo, têm natureza de uma verdadeira sanção política, vedada nada menos que por três Súmulas, didática e ilustrativamente editadas pelo STF<sup>11</sup>.

Dentro dessa linha de raciocínio, o protesto da Certidão de Dívida Ativa, bem como a inscrição do ente político devedor no CADIN configura meio de coerção indireta, isto é, uma sanção política com vistas ao recebimento do crédito sem necessidade de percorrer o moroso caminho da ação judicial que sujeita a satisfação do montante da condenação a ainda mais morosa via do precatório judicial. Como tal são inconstitucionais ambos os procedimentos utilizados na prática.

---

<sup>11</sup> Súmulas 70, 323 e 547.

O Cadin – Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais – foi instituído pela Lei 10.522/02 substituindo instrumentos normativos semelhantes, existentes desde 1941. Nos termos do art. 6º da lei vigente os órgãos e as entidades da Administração Pública são obrigados a consultar o Cadin antes de realizar qualquer operação de crédito que envolva o dinheiro público, assim como para conceder incentivos fiscais ou financeiros ou celebrar acordos ou convênios que impliquem utilização de recursos públicos. Quem estiver com o nome inscrito no Cadin terá dificuldades no exercício regular de suas atividades produtivas pelo que ofende às escâncaras a Súmula 547 do STF. Trata-se de uma medida unilateral do fisco que afronta o princípio do devido processo legal, como reconheceu o TRF3<sup>12</sup>. De fato, até débitos extintos pela superveniência da prescrição, portanto, incobráveis perante o Judiciário têm motivado a inscrição do contribuinte no Cadin.

Entretanto o art. 6º da Lei 10.522/02 foi considerado constitucional pelo STF, por maioria de votos, conforme ementa abaixo transcrita:

**Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória 1.442, de 10.05.1996, e suas sucessivas reedições. Criação do cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – CADIN. Arts. 6º e 7º. Constitucionalidade do art. 6º reconhecida, por maioria, na sessão plenária de 15.06.2000. Modificação substancial do art. 7º a partir da reedição do ato impugnado sob o número 1.863-52, de 26.08.1999, mantida no ato de conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002. Declaração de prejudicialidade da ação, quanto ao art. 7º, na sessão plenária de 20.06.2007. 1. A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado. 2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. 3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente. (ADI 1454 – DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 20.06.2007, DJe-072 – DJ 03.08.2007).**

Com elação a débitos de entidades políticas, além do Cadin existe o Cadastro de Inadimplentes do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI – que é o principal instrumento de controle e fiscalização interna da execução orçamentária.

<sup>12</sup> Agravo de Instrumento 98.03.050457, DJU de 02.07.1998

Atualmente, o STF está discutindo quanto a legitimidade da inscrição do Município no cadastro de inadimplentes do SIAFI antes do julgamento da tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União em respeito ao princípio do devido processo legal. A Corte reconheceu a existência da repercussão geral do tema constitucional suscitado, conforme ementa abaixo:

**Legitimidade da inscrição de município no cadastro de inadimplentes do sistema integrado de administração financeira do governo federal – SIAFI. Necessidade do prévio julgamento de tomada de contas especial. Existência de repercussão geral.** (RE 607.420-PI, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22.11.2010, publicado em 23.11.2010).

#### 4 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 160 DA CF

A jurisprudência do STF permite a retenção do produto da arrecadação partilhada tanto pela União, como pelos Estados para satisfação de *seus respectivos créditos*, conforme ementas abaixo:

**Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do estado de sergipe. ICMS. Parcela devida aos municípios. Bloqueio do repasse pelo estado. Possibilidade.** 1. *É vedado ao Estado impor condições para entrega aos Municípios das parcelas que lhes compete na repartição das receitas tributárias, salvo como condição ao recebimento de seus créditos ou ao cumprimento dos limites de aplicação de recursos em serviços de saúde (CF, artigo 160, parágrafo único, I e II).* 2. *Município em débito com o recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de seus servidores. Retenção do repasse da parcela do ICMS até a regularização do débito. Legitimidade da medida, em consonância com as exceções admitidas pela Constituição Federal.* 3. *Restrição prevista também nos casos de constatação, pelo Tribunal de Contas do Estado, de graves irregularidades na administração municipal. Inconstitucionalidade da limitação, por contrariar a regra geral ditada pela Carta da República, não estando a hipótese amparada, in *merus clausus*, pelas situações excepcionais previstas. Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 20 da Constituição do Estado de Sergipe. Ação julgada procedente em parte.* (ADI 1106/SE – SERGIPE, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 05.09.2002, DJ 13.12.2002, p. 00058).

**Decisão:** *Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto pela União, com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão assim ementado (fls. 101): Tributário. Mandado de segurança. Certidão negativa de débito. Bloqueio dos repasses das cotas do FPM. É indevida a retenção de cotas do Fundo de Participação*

dos Municípios – FPM se inexistente crédito tributário regularmente constituído pelo Fisco. Apelação e remessa oficial desprovidas.” 2. Pois bem, a União alega afronta ao parágrafo único do art. 160 da Magna Carta de 1988. Aduz ser legítima a retenção, por ela, das quotas do Fundo de Participação dos Municípios — FPM. 3. A douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel dos Santos, opina pelo conhecimento e provimento do apelo extremo. 4. Tenho que a insurgência merece acolhida. Isso porque a jurisprudência desta nossa Corte é firme ao proclamar a natureza tributária da contribuição para o PASEP. Daí ser obrigatória para os Estados e Municípios. Por outro lado, entende ser possível o bloqueio, pela União, do Fundo de Participação dos Municípios. 5. Para cimentar meu ponto de vista, reproduzo a ementa do MS 24.269, da relatoria do ministro Carlos Velloso: “**Constitucional. Fundo de participação dos estados: retenção por parte da união: legitimidade:** C.F., art. 160, parágrafo único, I. I. – PASEP: sua constitucionalização pela CF/88, art. 239. Inconstitucionalidade da Lei 10.533/93, do Estado do Paraná, por meio da qual este desvinculou-se da referida contribuição do PASEP: ACO 471/PR, Relator o Ministro S. Sanches, Plenário, 11.4.2002. II. – Legitimidade da retenção, por parte da União, de crédito do Estado – cota do Fundo de Participação dos Estados – em razão de o Estado-membro não ter se manifestado no sentido do recolhimento das contribuições retidas enquanto perdurou a liminar deferida na ACO 471/PR. C.F., art. 160, parágrafo único, I. III. – Mandado de segurança indeferido.” 6. Nesse mesmo sentido, vejam-se os REs 378.144-AgR e 446.536-AgR, da relatoria de ministro Eros Grau; 376.082-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; 466.599, da relatoria do ministro Celso de Mello; 425.413, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; e 371.857-AgR, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. Isso posto, frente ao § 1º-A do art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 07 de dezembro de 2009. Min. Carlos Ayres Brito Relator” (RE 426607, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 07.12.2009, publicado em DJe- 021 Divulg 03.02.2010 Public 04.02.2010).

**Ementa: agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Retenção de cotas do fundo de participação dos municípios. Desnecessidade de prévia constituição dos créditos tributários. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento** (Ag. Reg. no RE 389977/PR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, 1ª T., DJe de 21.02.2011, publicado em 22.02.2011).

De se ressaltar que condicionar o repasse dos recursos do FPM ou do FPE ao pagamento de créditos é diferente de promover a cobrança forçada que pressupõe prévia constituição do crédito tributário, tornando-o líquido e certo.

## 5 CONCLUSÕES

A interpretação restritiva do parágrafo único do art. 160 da CF conduz à impossibilidade jurídica de a União e os Estados reter e compensar

unilateralmente os seus créditos com o produto da arrecadação partilhada de impostos (FPE e FPM). Entretanto, tendo em vista o firme posicionamento da jurisprudência em sentido contrário, nas hipóteses de retenção e compensação, devem ser observados os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A vinculação de receitas previstas no § 4º, do art. 167 da CF, acrescido pela EC 3/93, para “*prestação de garantia e contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta*” não abarca os créditos de sua autarquia, e nem essa vinculação para efeito de garantia no sentido de permitir a apropriação direta das receitas vinculadas para satisfação direta dos créditos da União.

As autarquias, criadas que são pela legislação infraconstitucional, não gozam das mesmas prerrogativas das entidades políticas componentes da Federação, não podendo condicionar o repasse dos recursos do FPE e do FPM ao pagamento prévio de seus créditos.

A hipótese de bloqueio e repasse dos recursos do FPE e do FPM para o INSS autorizados pelo art. 57 e § 4º do ADCT, além de ter origem contratual, refere-se a uma situação específica e concreta, não podendo ser aplicada de forma generalizada. Aliás, a vinculação contratual de receita pública não pode, segundo a boa doutrina e a jurisprudência, permitir sua execução direta, devendo a autarquia cobrar o seu crédito por via suasória ou por meio de ação judicial adequada.

As disposições do art. 56 da Lei 8.212/91 e do art. 91 do Decreto-Lei 612/91 não têm base constitucional. São inconstitucionais por interferirem no pacto federativo e representarem uma sanção política vedada pelas Sumulas 70, 323 e 547 do STF didática e ilustrativamente editadas.

## 6 REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 24. ed. São Paulo: ATLAS, 2015.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Empréstimo público – garantias – parcela de ICM do município**. RDP, v. 91.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- OLIVERIA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: 2014.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.



# RETENÇÃO DE RECURSOS ENTRE ENTES POLÍTICOS E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 160 DA CONSTITUIÇÃO (TEMA 327 DA REPERCUSSÃO GERAL)

*Leticia de Santis Mendes de Farias Mello<sup>1</sup> / Mario Antônio Manhães de Andrade e Oliveira<sup>2</sup> / João Nicolsky<sup>3</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Restrições às Transferências Voluntárias de Recurso Financeiros entre Entes Federativos; 3. Tomada de Contas Especial e a sua Vinculação com o Tema de Repercussão Geral 327; 3.1. A tomada de contas especial como instrumento de controle no âmbito do TCU; 3.2. A exigência de julgamento prévio da TCE na tese defendida pelo RE 607.420/PI; 3.3. A inclusão dos responsáveis nos cadastros de inadimplência ante a perspectiva de julgamento da TCE; 3.4. Fundamento da responsabilidade dos entes federativos pelos atos dos seus agentes; 3.5. A inclusão dos responsáveis nos cadastros de inadimplência antes do julgamento da TCE à luz do princípio da economicidade; 4. A Garantia do Devido Processo Legal no Âmbito Administrativo em Relação aos Cadastros de Inadimplência; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 21.10.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão discutida no Recurso Extraordinário 607.420/PI (Diário da Justiça Eletrônico de 23.11.2010), distribuído à relatoria da então Ministra Ellen Gracie, sucedida na vaga pela Ministra Rosa Weber. O tema, que será objeto deste ensaio, foi autuado sob 327 e

---

<sup>1</sup> Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da PUC-Rio. Assessor de Juiz no TRF da 2ª Região.

<sup>3</sup> Procurador Federal. Ex-Assessor de Juiz no TRF da 2ª Região.

descrito como “*Inscrição de Município no SIAFI/CADIN sem o prévio julgamento de Tomada de Contas Especial*”.

O caso paradigma tem origem em medida cautelar ajuizada pelo Município de Oeiras-PI contra a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA (Coordenadoria Regional no Piauí), autarquia federal. Nessa ação, o Município questiona a sua inclusão no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, que conta com o Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias – CAUC, e no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados do setor público federal – CADIN por força de suposto descumprimento de prestação de contas relativas a convênio envolvendo a transferência de recursos do ente federal para a municipalidade.

O pedido – de que o nome do Município fosse retirado dos referidos cadastros, a despeito das irregularidades detectadas na prestação de contas referentes ao convênio celebrado com a FUNASA – foi julgado procedente em primeira instância e posteriormente confirmado pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>4</sup>, ao fundamento de que a inscrição de município em cadastro de inadimplentes antes do julgamento de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União seria ilegítima, pois, da medida, resultaria violação ao devido processo no âmbito administrativo. Além disso, decorreria da inteligência dos incs. I e II do art. 160 da Constituição Federal de 1988 que somente o gestor faltoso poderia ser responsabilizado pela prestação de contas insuficiente, tendo seu nome inscrito nos cadastros de inadimplência mantidos pelo Governo Federal, mas não o ente federativo municipal, sob pena de prejuízo para a sua coletividade.

Os principais argumentos deduzidos pela FUNASA no recurso extraordinário interposto foram: a) a existência de violação aos incs. LIV e LV do art. 5º da Constituição, já que a notificação prévia do ente devedor, comunicando-lhe a adoção de providências para a sua inscrição no SIAFI ou no CADIN e oferecendo-lhe oportunidade para impugnar a providência no âmbito administrativo, prestigiaria as garantias do devido processo legal mencionadas; b) de que eventual mudança do gestor do ente federativo não estaria prevista na Constituição como exceção ao disposto no art. 160, parágrafo único, inc. I, que autoriza a Administração Federal a condicionar a entrega de recursos a Estados, Distrito Federal e Municípios ao pagamento dos seus créditos.

O primeiro capítulo deste trabalho dedica-se ao exame (i) das normas constitucionais relativas à transferência de recursos financeiros entre entes federativos, especialmente no que se refere a imposições de condicionamentos ou retenções e seus respectivos limites, bem como (ii) da legisla-

<sup>4</sup> Apelação Cível 2002.40.00.006449-4/Piauí.



ção de regência dos cadastros federais destinados ao controle de pendências relativas a obrigações fiscais, legais, financeiras ou contratuais das quais sejam sujeitos passivos entes estaduais ou municipais.

O segundo capítulo deste trabalho dedica-se à análise da legislação que rege o processo de tomada de contas especial, a fim de compreender o alcance da pretensão examinada no Tema 327 de Repercussão Geral.

O último capítulo dedica-se à análise das implicações da possibilidade de inscrever os entes federativos nos registros do SIAFI/CADIN antes do julgamento de tomada de contas especial sob a ótica das garantias que inspiram o devido processo legal no âmbito administrativo.

## **2 RESTRIÇÕES ÀS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DE RECURSO FINANCEIROS ENTRE ENTES FEDERATIVOS**

Antes de entrar no tema específico do presente artigo, é oportuno proceder a um breve exame das normas constitucionais de direito financeiro aplicáveis às transferências de recursos entre entes federativos, especialmente no que se refere a imposições de condicionamentos ou retenções e a seus respectivos limites. Isso porque, ao compreender as balizas estabelecidas pelas normas constitucionais, fica mais fácil aferir até que ponto o legislador ordinário pode regular as transferências de recursos financeiros, como fez no art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Lei 10.522/02, ao regulamentar o CADIN.

A primeira observação que deve ser feita diz respeito à classificação das espécies de transferências de recurso financeiros entre os entes federativos. Como se sabe, as transferências financeiras podem ser obrigatórias ou voluntárias, diferenciando-se ambas no que se refere à natureza jurídica e, consequentemente, ao regime jurídico que as rege.

As principais transferências obrigatórias são aquelas previstas pelos arts. 157 a 162 da Constituição, que tratam da repartição de receitas tributárias. Trata-se de recursos de titularidade dos entes federativos menores, mas decorrentes do exercício de competências tributárias atribuídas à União.

O repasse impositivo tem o claro propósito de compensar o desequilíbrio na distribuição de competências tributárias prevista no texto constitucional, que pendeu para a União, em detrimento dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e para os dois primeiros em detrimento dos últimos (ABRAHAM, 2013, p. 38). Como consequência, qualquer condicionamento a esse repasse importa em uma restrição da autonomia dos entes federativos menores e, por esta razão, somente pode ocorrer nos casos estritamente previstos no art. 160, parágrafo único, da Constituição. Além do que o descum-

primimento da obrigação de repasse de receitas arrecadadas pelos Estados aos Municípios configura hipótese de cabimento de intervenção federal, segundo o art. 34, V, 'b', da Constituição (ABRAHAM, 2013, p. 81).

Outra hipótese de transferência obrigatória é aquela prevista no art. 146, parágrafo único, da Constituição, decorrente da adoção de um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, Estados e Distrito Federal e Municípios devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte (SIMPLES). Nesse caso, a norma constitucional é clara em determinar que o repasse será imediato, sem que seja autorizado qualquer tipo de retenção ou condicionamento (art. 146, parágrafo único, III).

Já as transferências voluntárias são decorrentes da celebração de convênios e outras espécies de ajustes, e encontram seu fundamento no próprio modelo de federalismo cooperativo adotado pelo texto constitucional e, em alguma medida, também no art. 241 da Constituição. Considerando-se a repartição de competências comuns entre os entes federativos (art. 23) e a concentração dos recursos financeiros na União Federal, a celebração desses ajustes, com o respectivo repasse de recursos, torna-se indispensável para que seja possível aos entes menores cumprir com os deveres que lhes foram atribuídos pelo Constituinte.

Delineada a classificação das receitas, o próximo passo é determinar quais são as restrições a elas aplicáveis, de acordo com a Constituição.

Conforme dito anteriormente, em relação à repartição de receita tributária prevista no art. 146, parágrafo único, da Constituição, decorrente da adoção do SIMPLES, não se admite qualquer tipo de retenção ou condicionamento.

Já em relação à repartição das receitas tributárias previstas nos arts. 157 a 162, a própria Constituição estabeleceu, no art. 160, parágrafo único, as hipóteses nas quais a retenção de recursos é admitida. Segundo essa norma, a União ou os Estados podem condicionar a entrega de recursos (i) “*ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias*” ou (ii) “*ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incs. II e III*” (aplicação de percentual mínimo de recursos em ações e serviços de saúde)<sup>5</sup>.

Finalmente, em relação às transferências voluntárias, a Constituição não estabeleceu qualquer restrição ao seu condicionamento ou retenção, do que decorre a ampla liberdade do legislador para estabelecer as condições e requisitos para que os repasses sejam efetivados, observados os princípios constitucionais e normas gerais de direito financeiro.

---

<sup>5</sup> Enquanto a primeira hipótese tem sido considerada autoaplicável pelo Supremo (por todos: RE 406557 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., j. em 30.09.2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 Divulg 04.11.2014 Public 05.11.2014), a segunda foi regulamentada pela Lei Complementar 141/12.

Embora o art. 160 da Constituição não se aplique às transferências voluntárias, seja no que se refere à vedação à retenção dos recursos, seja no que se refere às exceções a essa vedação, pode-se concluir que o parágrafo único do dispositivo estabelece, às avessas, as exigências mínimas para que tais transferências possam ocorrer.

Diz-se isso por que não faria sentido estabelecer mais restrições à realização de transferências obrigatórias dos recursos decorrentes da repartição de parcela das receitas tributárias – que, como se disse, é receita própria dos entes federativos – do que à transferência voluntária de recursos. Trata-se de hipótese típica de aplicação do princípio da razoabilidade como coerência, segundo o qual é vedado o poder público atuar de maneira contraditória, como ao “*proibir uma conduta menos grave e autorizar outra que atente mais seriamente contra o mesmo bem jurídico protegido*” (SOUZA NETO E SARMENTO, 2012, p. 491).

Daí porque as restrições às transferências de recursos previstas no art. 160, parágrafo único, da Constituição foram validamente repetidas pelo art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, juntamente com a previsão de outras restrições adicionais, aplicáveis apenas às transferências voluntárias<sup>6</sup>.

O art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal não é norma regulamentadora do art. 160, parágrafo único, da Constituição e nem precisa encontrar neste dispositivo constitucional seu fundamento de validade. No

---

<sup>6</sup> “**Art. 25.** Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

I – existência de dotação específica;

II – (VETADO)

III – observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

IV – comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social”.

entanto, é certo que, ao menos, o legislador ordinário teria, como o fez, que condicionar a concretização de transferências voluntárias à comprovação, por um lado, do pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor e, por outro, da aplicação dos recursos mínimos previstos no texto constitucional nas ações e serviços de saúde.

Nesse contexto, tanto o CADIN quanto o SIAFI, de que faz parte o CAUC, constituem mecanismos de consulta e controle da execução e da gestão de obrigações firmadas entre pessoas físicas ou jurídicas com entidades integrantes da Administração Pública Federal *lato sensu*. Diferenciam-se, contudo, em alguns aspectos.

O CADIN foi instituído pelo Decreto 1.006 de 09.12.1993, já revogado. Atualmente, encontra-se regido pela Lei 10.522/02. Esta, no art. 2º, estabelece que tanto pessoas físicas quanto jurídicas podem ser inscritas no CADIN, quando: a) “sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Federal, direta e indireta” (inc. I) ou b) estejam com a inscrição cancelada no Cadastro de Pessoas Físicas ou declarada inapta perante o Cadastro Geral de Contribuintes (inc. II, alíneas *a* e *b*). O §8º do art. 2º da mesma lei dispõe ainda que débitos referentes a preços públicos e a operações financeiras que não envolvam recursos orçamentários não poderão ser inscritos no CADIN.

O SIAFI, por sua vez, é um sistema de controle e execução orçamentária, financeira e patrimonial do Governo Federal. Dele, constam diversas ferramentas que auxiliam na gestão de recursos públicos, todas à disposição para consulta junto à página eletrônica do Tesouro Nacional na internet (<<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi>>). Uma dessas ferramentas é o CAUC, regido atualmente pelas Instruções Normativas 2, de 02.02.2012, e nº 1, de 15.01.1997, ambas da Secretaria do Tesouro Nacional – STN.

Assim como o CADIN, o CAUC também é um cadastro de acompanhamento da adimplência de obrigações pactuadas com a Administração Federal. O seu objeto, contudo, é mais restrito que o do CADIN, pois nele devem constar apenas informações referentes aos requisitos fiscais a serem preenchidos por entes federativos que visem ao recebimento de transferências voluntárias através de convênio celebrado com a União. O CAUC é alimentado por informações que constam de diversos bancos de dados mantidos junto ao Governo Federal, dentre eles o próprio CADIN, conforme prevê o art. 8º da referida Instrução Normativa STN 02/12<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> “Art. 8º Para os efeitos de atualização do Serviço Auxiliar:

§ 1º Serão considerados os seguintes cadastros e sistemas federais de registro de adimplência:

*I – os sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), responsáveis pela emissão da “Certidão Conjunta de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União”;*

*II – o sistema da RFB, responsável pela emissão da “Certidão Negativa de Débito (CND)”, relativa às contribuições previdenciárias e às contribuições devidas, por força de lei, a terceiros, incluindo as inscrições em Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS);*

**III – o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), de que trata a Lei 10.522, de 19.07.2002, mantido no Sistema de Informações do Banco Central do Brasil (SISBACEN), do Banco Central do Brasil (BACEN), para fins de verificação da existência de débitos para com os órgãos e entidades do Poder Público federal;**

*IV – os Sistemas da Secretaria do Tesouro Nacional (STNMF) sobre:*

*a) “Regularidade em Relação à Adimplência Financeira em Empréstimos e Financiamentos Concedidos pela União”;* e

*b) “Encaminhamento das Contas Anuais para a Consolidação do Balanço Geral do Exercício”;*

*V – o Subsistema TRANSFERÊNCIAS, do Sistema de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), que permite a cada concedente controlar e registrar a prestação de contas de convênios com recursos federais firmados sob a égide da Instrução Normativa STN 1, de 15.01.1997, para verificação de “Regularidade Quanto à Prestação de Contas de Recursos Federais”, em relação aos convênios celebrados até 29.05.2008;*

*VI – o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV), gerido pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI-MP), que permite a cada concedente controlar e registrar a prestação de contas de convênios firmados sob as Portarias Interministeriais MP/MF/CGU 127, de 2008 e 507, de 2011, para verificação de “Regularidade Quanto à Prestação de Contas de Recursos Federais”, em relação aos convênios e contratos de repasse celebrados a partir de 30.05.2008;*

*VII – o Sistema de Controle da Caixa Econômica Federal (CAIXA), responsável pela emissão do “Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (CRF/FGTS)”;* e

*VIII – o Sistema de Controle da Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS), do Ministério da Previdência Social (MPS), responsável pela emissão do “Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP)”.*

**§ 2º Serão considerados os seguintes sistemas subsidiários federais de registro de informações de caráter declaratório de natureza contábil, financeira ou fiscal:**

*I – o Sistema de Coleta de Dados Contábeis dos Entes da Federação (SIsTN), gerido pela Caixa Econômica Federal (CAIXA) e pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN-MF), em regime de cooperação, para coleta de informações contábeis e fiscais, para verificação do “Exercício da Plena Competência Tributária”, do cumprimento da “Publicação do Relatório de Gestão Fiscal (RGF)” e da “Publicação do Relatório Resumido de Execução Orçamentária (RREO)”;*

*II – o Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (SIOPE), operacionalizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), vinculado ao Ministério da Educação (ME), para verificação de “Aplicação Mínima de Recursos na Área de Educação”;* e

A despeito de algumas diferenças, sob a ótica do incremento da gestão dos recursos públicos, tanto o SIAFI quanto o CADIN tem utilidade semelhante. Frise-se que as normas que instituem e regem os cadastros mencionados recomendam a consulta prévia aos seus registros para a constituição de obrigações que envolvam o manejo de recursos públicos federais, prática essa que tem amparo no art. 25 da LRF, mas que, a nosso ver, prescindiria de previsão específica, pois inscrita na responsabilidade que decorre do gerenciamento ponderado dos riscos fiscais, abrangida, segundo a melhor doutrina, pelo princípio da prudência fiscal (TORRES, 2001, p. 12). No âmbito do CADIN, a consulta é obrigatória por força da expressa disposição do art. 6º da Lei 10.522/02<sup>8</sup>.

A par de outros efeitos decorrentes da inscrição nos registros do SIAFI (CAUC) e CADIN, para Estados, Distrito Federal e Municípios, é importante perceber que a restrição para a obtenção de transferências voluntárias é a principal consequência a ser suportada por esses entes federativos, sobretudo para os menores e mais carentes, que podem ter o seu desenvolvimento comprometido pela falta desses recursos.

Na realidade atual brasileira, recursos advindos de transferências voluntárias do Governo Federal não são prescindíveis, especialmente porque, a cada vez mais, a carga tributária concentra-se nas contribuições federais, cuja arrecadação não é objeto de repartição obrigatória. De fato, na maior parte das vezes, as receitas provenientes das transferências obrigatórias asseguradas pela Constituição e das fontes de arrecadação locais, originárias ou derivadas, não são suficientes para assegurar um ciclo contínuo de

---

*III – o Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), mantido pelo Ministério da Saúde (MS), para verificação de “Aplicação Mínima de recursos na Área da Saúde”.*

<sup>8</sup> “**Art. 6º** É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

*I – realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos;*

*II – concessão de incentivos fiscais e financeiros;*

*III – celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.*

**Parágrafo único.** *O disposto neste artigo não se aplica:*

*I – à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública reconhecida pelo Governo Federal;*

*II – às operações destinadas à composição e regularização dos créditos e obrigações objeto de registro no Cadin, sem desembolso de recursos por parte do órgão ou entidade credora;*

*III – às operações relativas ao crédito educativo e ao penhor civil de bens de uso pessoal ou doméstico”.*

desenvolvimento dos projetos de infraestrutura e serviços, especialmente em municípios mais carentes<sup>9</sup>.

Não se olvida que a suspensão da possibilidade de receber repasses do setor público em razão do incurso nas hipóteses descritas no § 1º, inc. IV, *a*, do art. 25 da LRF não se aplica às receitas destinadas ao financiamento de ações de educação, saúde e assistência social, conforme previsão expressa do § 3º do mesmo artigo<sup>10</sup>. Contudo, para todos os demais setores estratégicos relacionados à gestão do ente federativo, a inscrição no SIAFI (CAUC) ou CADIN poderá embaraçar a obtenção recursos junto à União Federal.

### **3 TOMADA DE CONTAS ESPECIAL E A SUA VINCULAÇÃO COM O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL 327**

#### **3.1 A Tomada de Contas Especial como Instrumento de Controle no Âmbito do TCU**

A atividade de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas, por força das atribuições que lhe foram designadas pela Constituição, guarda vinculação estreita com o princípio republicano, naquilo em que este assegura o controle e a fiscalização da coisa pública. Segundo Carlos Ayres Britto, a atuação dos Tribunais de Contas visa a impedir o “desgoverno” e a “*desadministração*” (BRITTO, 2002, p. 109).

No âmbito dessa atividade, o rol do art. 71 da Constituição define a competência do Tribunal de Contas da União para

*julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inc. II).*

Ligado ao exercício dessa competência está o dever de prestar contas definido no parágrafo único do art. 70 da Constituição (com redação dada pela

---

<sup>9</sup> Com base nessa constatação, hoje, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional 406/09, aprovada no Senado e em primeiro turno na Câmara dos Deputados, que aumenta o coeficiente de participação dos Municípios nas receitas de que tratam os arts. 158, IV, 159, I, *b*, IV, e § 5º, e 198, § 2º-A, da Constituição Federal.

<sup>10</sup> (...) § 3º *Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.*

Emenda Constitucional 19 de 1998), a ser observado por “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária”.

Com base nesses dispositivos constitucionais, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU (nº 8.443/92) inseriu no rol de competências do Tribunal o julgamento de processo de tomada de contas especial, que deverá ser instaurado em face da constatação de danos ao Erário, na forma do art. 8º da LOTCU<sup>11</sup>, cuja redação foi repetida no art. 197 do Regimento Interno do TCU.

A tomada de contas especial é, substancialmente, um processo administrativo destinado a apurar a *responsabilidade* pelo inadimplemento de deveres que acarretem danos ao Erário, bem como a quantificar o dano, com vistas à recomposição do patrimônio público afetado. Veja-se, nesse sentido, o conceito normativo de tomada de contas especial contido no art. 2º da Instrução Normativa 71 do Tribunal de Contas da União, de 28.11.2012:

*Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.*

*Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário.*

A mesma Instrução Normativa, no seu art. 5º, incs. I e II, estabelece como pressupostos à instauração do processo a prova da ocorrência do dano e a identificação de pessoas físicas ou jurídicas que possam lhe ter dado causa<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> “**Art. 8º** Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inc. VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. § 1º Não atendido o disposto no caput deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão. § 2º A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao Erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

§ 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto”.

<sup>12</sup> **Art. 5º** É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos suficientes para: **I – comprovação da ocorrência de dano;** e



A legitimidade para a instauração do processo de tomada de contas especial é franqueada à autoridade administrativa federal afetada por irregularidades na aplicação de recursos públicos por ela geridos. Não obstante, ainda é possível a deflagração de ofício do procedimento pelo próprio Tribunal de Contas da União, a quem caberá, em todos os casos, o julgamento do mérito nos limites fixados pelo art. 16 da LOTCU<sup>13</sup>.

Uma síntese precisa do que já foi exposto, à luz da finalidade a que se destina o processo de tomada de contas especial, pode ser encontrada em passagem da obra doutrinária de Benjamin Zymler, ex-presidente e ministro em exercício do Tribunal de Contas da União:

---

**II – identificação das pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a ocorrência de dano.**

§ 1º A demonstração de que tratam os incs. I e II deste artigo abrange, obrigatoriamente: I – descrição detalhada da situação que deu origem ao dano, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à comprovação de sua ocorrência;

II – exame da suficiência e da adequação das informações, contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano;

III – evidenciação da relação entre a situação que deu origem ao dano e a conduta ilegal, ilegítima ou antieconômica da pessoa física ou jurídica a quem se imputa a obrigação de ressarcir os cofres públicos, por ter causado ou concorrido para a ocorrência de dano.

<sup>13</sup> **Art. 16.** As contas serão julgadas:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II – regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

§ 2º Nas hipóteses do inc. III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

*Verificada, no curso de processo de fiscalização, a omissão no dever de prestar contas, a não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, ou a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, pode o Tribunal, assim como qualquer autoridade administrativa competente, instaurar Tomada de Contas Especial (TCE) com vistas à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano (art. 8º da Lei 8.443/92). Alternativamente, pode determinar que a Tomada de Contas Especial seja instaurada pela autoridade administrativa competente. Em qualquer caso, o TCU emitirá juízo de mérito sobre tais contas, de forma similar ao que ocorre no exame das contas anuais julgando-as regulares, regulares com ressalvas ou irregulares (art. 16 da Lei 8.443/1992). Inegavelmente, os princípios que garantem o **due process of law** têm, na hipótese, ampla aplicabilidade. (ZYMLER, 2013, p. 252)*

Da disciplina jurídica do processo de tomada de contas especial, ressalta-se o seu caráter obrigatório em face da constatação do dano ao patrimônio público. O art. 8º da LOTCU, que define os fatos ensejadores da instauração do processo, emprega o verbo dever no imperativo, indicando que, atendidas as condições estabelecidas nas normas de regência do instituto, não há espaço para a ponderação acerca da conveniência em dar início ao processo.

### **3.2 A Exigência de Julgamento Prévio da TCE na Tese Defendida pelo RE 607.420/PI**

A tese defendida pelo Município (Recorrido) nos autos do Recurso Extraordinário 607.420/PI é a de que, diante da existência de um procedimento destinado a apuração da responsabilidade do gestor público pelo estado de inadimplência do ente federativo, cuja instauração é dever jurídico da autoridade administrativa competente em face da constatação do dano ao Erário, não seria razoável impor à coletividade local os prejuízos decorrentes de uma inclusão do ente no SIAFI/CADIN, especialmente no que se refere à vedação da obtenção de transferências voluntárias de recursos junto ao Governo Federal.

A tese parece estar sendo aceita sem ressalvas pelo Supremo Tribunal Federal em outros casos. Em julgado recente (06.11.2014), referendando liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello (Relator) nos autos da Ação Cível Originária 1.848/MA, o Pleno da Corte, aderindo, por unanimidade, ao voto de S.Exa., acolheu o pedido formulado pelo Estado do Maranhão para cancelar a sua inscrição no SIAFI/CADIN. Do acórdão, transcrevemos passagem do voto do Relator que sintetiza os fundamentos invocados para a concessão da medida:

*Com efeito, tenho para mim que a inscrição, no SIAFI/CADIN/CAUC, do Estado do Maranhão, com todas as graves restrições jurídicas que daí derivam, sem que se tenha precedido à prévia instauração de processo de “tomada de contas especial”, ocasiona, em tese, violação ao postulado constitucional do devido processo legal (também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo).*

*Cabe advertir, por relevante, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.*

(...)

*O que se mostra importante considerar, na realidade, é a orientação que o Supremo Tribunal Federal firmou a respeito do tema em análise, objetivando enfatizar, com tais julgados, a sua preocupação com as graves consequências para o interesse da coletividade que podem resultar do bloqueio das transferências de recursos federais. (AC 2.032-QO/SP, Rel. Min. Celso de Mello) (...)*

Esses mesmos fundamentos foram acolhidos pelo Plenário do STF em outras ocasiões, nos autos das Ações Cíveis Originárias 2.375/PI, de relatoria da Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia (DJe 17.03.2015), 2.131/MT (DJe 17.05.2013) e 1.848/MA (DJe 06.02.2015), ambas de relatoria do Min. Celso de Mello<sup>14</sup>.

Na dicção do STF, a inscrição no SIAFI (CAUC)/CADIN sem o julgamento prévio de tomada de contas violaria o devido processo legal na medida em que ainda não teria sido identificado o responsável pelo dano causado. Ademais, seria necessário atenuar os prejuízos que eventualmente poderiam ser suportados pela coletividade local, por força dos óbices decorrentes da inscrição para que o ente federativo pactuasse operações financeiras envolvendo a transferência voluntária de recursos federais.

Essa dinâmica argumentativa, no entanto, foi concebida de forma genérica e sempre em face de tutelas de urgência, que não comportariam o exercício de cognição exauriente acerca da matéria. Entendemos que uma análise mais detida da questão, que, de fato, está por vir com a apreciação do Tema 327 de Repercussão Geral, justifica uma revisão da posição até o momento sustentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>14</sup> No âmbito da Primeira Turma, também referendado liminar, o Colegiado acolheu fundamento suscitado no mesmo sentido pelo Ministro Marco Aurélio, relator, nos autos das Medidas Cautelares nas Ação Cíveis Originárias 2.453/DF (DJe 25.03.2015) e 2.159/MT (DJe 02.06.2014).

### 3.3 A Inclusão dos Responsáveis nos Cadastros de Inadimplência ante a Perspectiva de Julgamento da TCE

A tese segundo a qual a tomada de contas especial seria um requisito para a inclusão do ente federativo no CADIN ou no CAUC parece partir da premissa de que é possível, ao final do procedimento, que apenas o gestor público, e não o próprio ente federativo, seja responsabilizado pelo prejuízo causado à Administração Federal.

Com efeito, conforme previsto no art. 16, §2º, da LOTCU, ao julgar as contas irregulares o TCU fixará a responsabilidade solidária do agente público e “do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”.

A partir do dispositivo, o Tribunal de Contas da União editou decisão normativa disciplinando as hipóteses em que a malversação dos recursos federais ensejará a responsabilidade solidária do ente federativo com o seu gestor. Conforme os arts. 1º e 2º da Decisão Normativa 57 de 05.05.2004, a solidariedade ficará configurada toda vez que se verificarem indícios de que a aplicação irregular dos recursos repassados beneficiou o ente federativo, ou entidades da sua administração<sup>15</sup>.

Este entendimento fica evidenciado na seguinte passagem do Acórdão TC-350.361/1996-7, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União:

*Assim, a retenção de recursos a título de taxa de administração e a não comprovação da aplicação de parcela dos valores recebidos importou benefício ao ente, uma vez que tais importâncias permaneceram nos cofres estaduais e não foram aplicadas nos objetos conveniados. Nessas circunstâncias (comprovado que o ente federado se beneficiou pela aplicação irregular de recursos federais transferidos), nos termos da Decisão Normativa TCU 57/2004 e de reiterada jurisprudência desta Corte, o Tribunal condenará diretamente o estado ao pagamento do débito.”<sup>16</sup>*

<sup>15</sup> **Art. 1º** Nos processos de Tomadas de Contas Especiais relativos a transferências de recursos públicos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou a entidades de sua administração, as unidades técnico-executivas competentes verificarão se existem indícios de que esses entes da federação se beneficiaram com a aplicação irregular dos recursos. **Art. 2º** Configurada a hipótese de que trata o artigo anterior, a unidade técnico-executiva proará que a citação seja feita também ao ente político envolvido, na pessoa do seu representante legal, solidariamente com o agente público responsável pela irregularidade.

<sup>16</sup> **Sumário: tomada de contas especial. Ausência de comprovação da boa e regular utilização de parte dos recursos federais repassados. Retenção de valores a título de taxa de administração. Desvio de finalidade em benefício do estado do maranhão.**

(TCU – Acórdão TC-350.361/1996-7. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. j. em 24.06.2015)

Por outro lado, é possível que entre a instauração da tomada de contas e o seu julgamento transcorra um período consideravelmente longo. Levando-se em conta que a condução do processo de tomada de contas especial não está na esfera de atribuições do ente federativo – e que, apenas ao final, quando restar fixada a responsabilidade exclusiva do agente, aquele poderá pleitear a sua exclusão dos cadastros de inadimplência – é fácil concluir que o ente poderá ser severamente prejudicado no caso de demora do julgamento.

Assim, aparentemente, tudo parece reforçar a tese dos Estados, Distrito Federal e Municípios de que não poderiam ser incluídos nos cadastros de inadimplentes antes de a tomada de contas especial ser julgada, quando só então poderão, eventualmente, ser apontados como devedores da União.

Todavia, essa conclusão contrasta com a própria finalidade do cadastro, que não é apenas a de possibilitar a cobrança de um crédito da União Federal, já que para isso existem meios mais adequados e eficientes, como a dívida ativa ou mesmo a já mencionada retenção prevista no art. 160, parágrafo único, I da Constituição. Como se verá adiante, os cadastros federais de inadimplência têm uma importante função preventiva, pois ao impedir a celebração de novos convênios evitam a ocorrência de novos danos ao Erário, além de fomentar a colaboração dos entes federativos com o fornecimento das informações indispensáveis para a instauração da tomada de contas especial, conforme se observa do art. 5º da IN 71/12, mencionado anteriormente.

Além disso, como também se verá adiante, a legislação específica já assegura o devido processo legal no ato de inscrição no CADIN e no CAUC, e mesmo depois desta ocorrer, prevê normas que atenuam os respectivos efeitos e induzem, assim, a um equilíbrio ponderado entre a proteção do patrimônio da Administração Federal o amparo, ainda que comedido, da máquina pública dos entes federativos locais.

### **3.4 Fundamento da Responsabilidade dos entes Federativos pelos Atos dos Seus Agentes**

À alegada impossibilidade de se admitir que a coletividade estadual, distrital ou municipal suporte os prejuízos causados com a inscrição do ente

---

**Audiências. Citações. Exclusão de alguns responsáveis da relação processual. Contas irregulares com multa. Rejeição das alegações de defesa oferecidas pelo ente, com fixação de novo prazo para o recolhimento do débito. Ausência de pagamento. Condenação do estado.** (TCU – Acórdão TC-350.361/1996-7 – Plenário – Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti – Julg: 24/6/2015)

federativo no CADIN ou no CAUC está relacionada a ideia de que o ente não deveria ser penalizado por eventual falta cometida pelo gestor.

Diante do quadro atual de deslegitimação da democracia representativa, a ideia de que a coletividade não deve responder pelos excessos e desvios cometidos pelos seus representantes pode parecer bastante sedutora. No entanto, está equivocada tanto em relação ao seu fundamento normativo quando em relação aos resultados que é capaz de produzir.

Sob a primeira perspectiva, não se deve perder de vista que o ente federativo é, antes de tudo, uma pessoa jurídica de direito público e, como tal, está sujeito aos parâmetros conceituais da personalidade jurídica. Nesse sentido, recorde-se que, de acordo com a teoria do órgão, em razão da impossibilidade de manifestar sua vontade, o ente público vale-se da vontade expressa por seus órgãos, sendo estes compostos de agentes públicos. Nesse sentido, é a lição de Celso Antonio Bandeira de Melo:

*Como as pessoas jurídicas são seres de razão, entes lógicos, abstratos, compreende-se que, sob o prisma naturalista, não possuem nem inteligência, nem vontade, nem ação. O Direito, contudo, imputa-lhes diretamente a vontade e ação das pessoas naturais que procedem na qualidade jurídica de seus agentes. Do conjunto deles, a grande maioria é formada pelos chamados servidores públicos.* (MELLO, 2006, p.133)

Tanto é assim que, no âmbito da responsabilidade civil perante terceiros, a própria Constituição declarou expressamente a responsabilidade dos entes públicos, mesmo no caso de culpa ou dolo por parte dos seus agentes. E, no âmbito do direito privado, a lógica é a mesma, pois mesmo no caso de atos praticados com culpa ou dolo, a pessoa jurídica responde pelos danos causados a terceiros, com base na culpa *in eligendo*.

Nesse ponto, parece-nos que a responsabilização primária do gestor, ao final do processo de tomada especial de contas, com imputação de responsabilidade ao ente federativo apenas nas hipóteses em que este tenha se beneficiado do ato, é simples opção feita pela LOTCU<sup>17</sup> e pelas normas internas que a regulamentam<sup>18</sup>.

O fato de a União suportar o prejuízo pela má gestão estadual, distrital ou municipal dos recursos repassados justifica-se ante a inequívoca maior capacitação técnica e política dos órgãos federais para perseguir a correspondente reparação, embora, ao mesmo tempo, contribua para o menor desenvolvimento das instituições nos entes federativos para os quais os recursos tenham sido transferidos.

<sup>17</sup> Art. 16, § 2º, da 8.443/92.

<sup>18</sup> Art. 209, §§ 5º e 6º do Regimento Interno do TCU e arts. 1º e 2º da Decisão Normativa 57/04, ambos já mencionados.

### 3.5 **A Inclusão dos Responsáveis nos Cadastros de Inadimplência Antes do Julgamento da TCE à Luz do Princípio da Economicidade**

De toda a sorte, sob ponto de vista econômico, qualquer resposta ao questionamento inserido no Tema 327 de Repercussão Geral terá que conviver com o risco de prejuízos a serem suportados pela coletividade, seja no âmbito da União Federal ou dos Estados, Distrito Federal e Municípios eventualmente inscritos no SIAFI (CAUC) ou no CADIN e que, ao final do processo de tomada de contas especial, não sejam apontados como devedores.

A restrição à inclusão dos entes federativos nos referidos cadastros sob a alegação de proteção à coletividade local, a bem da verdade, parte da premissa de que, apesar da inadimplência com a Administração Federal, gestores de recursos da União deveriam pactuar operações financeiras com administrações locais inadimplentes.

Porém, o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, impõe à Administração um atuar e uma organização estruturados de forma a produzir resultados favoráveis à consecução dos fins a serem alcançados pelo Estado (DI PIETRO, 2011, p. 84).

Intimamente ligado a esse princípio está o princípio da economicidade. Segundo Alexandre dos Santos de Aragão, a economicidade é a “expressão especializada, pecuniária, do princípio da eficiência”, exigindo que o administrador busque sempre a solução mais conveniente e eficaz sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos (ARAGÃO, 2009, p. 301). No âmbito administrativo, o princípio da economicidade não deixa de envolver uma análise consequencialista dos resultados, orientando a interpretação do Direito sempre no sentido da melhor consequência para a coletividade (MAXIMILIANO, 1999, p. 165).

Sob a perspectiva da eficiência como economicidade, importa que o atuar administrativo cumpra, à luz das normas existentes, os melhores resultados econômicos para a Administração, sendo de menor importância a existência de subsunção expressa da melhor alternativa interpretativa ou prática a um preceito normativo específico (ARAGÃO, 2009, p. 302).

Por isso, parece-nos que a boa gestão dos recursos públicos federais exige que toda e qualquer obrigação inadimplida, ainda que de valor diminuto, seja passível de consulta pelos administradores públicos, permitindo uma melhor aplicação dos recursos da União, já que as transferências obstadas pela inscrição no CADIN e no CAUC são, repita-se, voluntárias.

Sob a ótica da prevenção de novos prejuízos ou do estímulo à adimplência, tem-se que a inscrição nos cadastros de devedores deve ser um

pressuposto à tomada de contas especial e não uma consequência do seu julgamento, sempre que a Administração Federal estiver munida de indícios contundentes da malversação dos seus recursos. Se a instauração de tomada de contas nesse caso é um dever jurídico, a inscrição de pessoas físicas ou jurídicas nos cadastros de inadimplência, em face do descumprimento de suas obrigações, também o é.

No mais, como se verá a seguir, por si, a inscrição nos mencionados cadastros de inadimplentes não prescinde da observância de devido processo legal administrativo, e os entes federativos que, por ausência de recursos, não tenham como dar início às medidas administrativas para a suspensão ou superação do estado de inadimplência não estão de todo desprotegidos.

#### **4 A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO EM RELAÇÃO AOS CADASTROS DE INADIMPLÊNCIA**

Cumpra, por fim, examinar a questão da inclusão dos entes federativos em cadastros federais de inadimplência à luz da garantia do devido processo legal em sede administrativa. Conforme visto anteriormente, é inegável que a inclusão dos entes federativos nesses cadastros trará graves consequências na medida em que impede a celebração de novos convênios e, consequentemente, a realização de transferências voluntárias.

Em face de tais consequências, o procedimento para a inscrição dos entes federativos nos registros do CADIN e do SIAFI (CAUC) deve respeitar rigorosamente as regras de procedimento delineadas na legislação específica que rege a matéria, sempre à luz das garantias procedimentais asseguradas aos litigantes em processo judicial ou administrativo pela Constituição. Isso para evitar arbitrariedades de gestores da Administração Federal no uso da prerrogativa de inscrever pessoas jurídicas representativas de entes federativos nos cadastros de inadimplência mencionados.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal mencionados no capítulo anterior parecem convergir quanto ao argumento de que a prévia inscrição de estados e municípios no SIAFI (CAUC)/CADIN, sem o prévio julgamento de tomada de contas especial, viola a garantia do devido processo legal. Nenhum desses arestos, no entanto, explicita razões minuciosas pelas quais a tomada de contas especial seria o elemento procedimental decisivo para que houvesse respeito a essa garantia fundamental no processo de inscrição de entes federativos em cadastros de inadimplentes mantidos pelo Governo Federal.



Em passagem do voto proferido recentemente pelo Ministro Luiz Fux nos autos da Ação Cautelar 3.031/SE (Dje 17.08.2015), acolhido por maioria pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na qual o Estado de Sergipe pedia o cancelamento de sua inscrição em cadastros de inadimplência com vistas à celebração de novos acordos para a obtenção de transfêrências voluntárias junto à Administração Federal, o então Relator, concedendo a liminar em favor do Estado-membro, se limitou a consignar que a tomada de contas especial seria necessária “*a fim de se chegar ao reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União*”.

De fato, o processo de tomada de contas possui peculiaridades inerentes ao tratamento que a Constituição deu ao Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes chega a sustentar que, no exercício da competência constitucional de julgamento de contas, o TCU desempenha função jurisdicional típica, pelo que a sua decisão nesse caso, por força de característica inerente à jurisdição, seria imutável (FERNANDES, 2005, p. 147 – 157).

Não concordamos com essa posição. O julgamento de tomada de contas especial deve seguir os princípios jurisdicionais, mas é passível de revisão pelo Poder Judiciário, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição (FILHO, 2011, p. 1124 – 1125). Concordamos com a doutrina segundo a qual, no exercício de suas competências, o Tribunal de Contas da União produz atos administrativos de controle, distintos dos atos jurisdicionais. Na lição de Pedro Roberto Decomain:

*As ações e decisões dos Tribunais de Contas são marcadas pelas características da oficialidade (desnecessidade de prévia provocação) e da imparcialidade. A oficialidade permite distingui-las das atividades jurisdicionais, mesmo quando se admita, segundo se vem de discutir acima, uma jurisdição administrativa. Já a imparcialidade deverá estar presente como corolário da necessária observância do princípio da impessoalidade, também no âmbito dos Tribunais de Contas.*

Em se tratando de atuação administrativa, ainda que esta guarde algumas diferenças substanciais em relação a outras atividades do Estado, o julgamento de tomada de contas especial no âmbito do Tribunal de Contas da União está, para as garantias do processo, da mesma maneira como estão todos os outros processos, procedimentos e atos administrativos dos quais possa resultar restrição à esfera jurídica de terceiros.

Portanto, a especificidade da tomada de contas especial sob a ótica do seu enquadramento dentro da atividade administrativa não tem o condão de desqualificar a busca de soluções jurídicas em processos administrativos mais simples, quando estes igualmente podem assegurar aos afetados o respeito às garantias do devido processo legal (HARGER, 2001, p. 177). Sob a ótica do *procedural due process*, que diz respeito ao modo pelo qual o Estado age e aos mecanismos de imposição que emprega, a ação oficial deve ter um mínimo padrão de justiça para o sujeito, o que engloba o direito à informação adequada e, especialmente, a oportunidade de ser ouvido antes da decisão (MEDAUAR, 2008, p. 84).

Nesse ponto, observamos que a Lei 10.522/02, instituidora do CADIN, dispõe no § 2º do seu art. 2º que “*a inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito*”. O § 4º do mesmo artigo ainda obriga que a comunicação de inscrição em dívida ativa deve cumprir o mesmo prazo<sup>19</sup>.

Por outro lado, o inc. I do art. 8º da Lei 11.945/09, que estabelece regras procedimentais para o manejo dos cadastros de inadimplência em face de acordos que visem à concessão de transferências voluntárias, obriga indiscriminadamente a todos os órgãos e entidades da Administração Federal a adotarem prévio procedimento de notificação para a inscrição de pendências em cadastros de controle de obrigações fiscais, legais, financeiras ou contratuais envolvendo Estados, Distrito Federal e municípios<sup>20</sup>.

Com base nessa última disposição, tem-se que para a inscrição no SIAFI (CAUC) também deve ser observado prévio procedimento de notificação. Mas, em que prazo? As Instruções Normativas da Secretaria do Tesouro Nacional que atualmente regulamentam o SIAFI não possuem previsão específica nesse sentido. Diante disso, poder-se-ia cogitar da utilização, por analogia, do prazo genérico de cinco dias estabelecidos no art. 24 da Lei do Processo Administrativo (9.784/97) ou mesmo do de trinta dias para res-

<sup>19</sup> § 4º A notificação expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou pela Procuradoria-Geral Federal, dando conhecimento ao devedor da existência do débito ou da sua inscrição em Dívida Ativa atenderá ao disposto no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei 11.941, de 2009)

<sup>20</sup> **Art. 8º** *Os órgãos e entidades da administração pública federal responsáveis pela inscrição de pendências relativas a obrigações fiscais, legais ou de natureza financeira ou contratual devidas por Estados, Distrito Federal ou Municípios e que compõem a base de informações para fins de verificação das condições para transferência voluntária da União deverão:*

*I – adotar procedimento prévio de notificação como condicionante à inscrição definitiva de pendência nos sistemas próprios, cadastros ou bancos de dados de controle utilizados para essa finalidade;*

posta à notificação de que trata o art. 15 do art. Decreto 70.235, que rege o processo administrativo fiscal.

No entanto, como a finalidade última de ambos os cadastros de inadimplência é a melhoria da gestão de recursos públicos, no que possuem inclusive consequência idêntica na LRF para a hipótese de inscrição dos entes federativos, entendemos que a melhor solução seria aplicar às inscrições no SIAFI, por analogia, o mesmo prazo para a notificação prévia estabelecido na lei que rege o CADIN, qual seja o § 2º, do art. 2º da Lei 10.522/02.

A nosso sentir, essa interpretação, além de uniformizar o tratamento do ente federativo inadimplente frente à Administração Federal, conferindo maior previsibilidade e segurança jurídica ao sistema normativo que rege ambos os cadastros, assegura a ampla efetividade das garantias processuais constitucionais que inspiram o processo administrativo tal qual o judicial.

Tais dispositivos, que, inseridos no procedimento de inscrição dos entes federativos nos cadastros de inadimplência, determinam e estabelecem prazo específico para manifestação, devem ser interpretados em conjunto com o princípio da autotutela, que possibilita a Administração rever seus atos quando eivados de ilegalidade<sup>21</sup>; o princípio do formalismo moderado, que autoriza o emprego de rito e forma simplificada e suficiente para propiciar certeza, segurança e respeito aos direitos dos sujeitos, sobretudo o contraditório e a ampla defesa, bem como o uso de formas razoáveis à consecução dos fins do processo administrativo (MEDAUAR, 2008, p. 132); e o direito fundamental de petição, consagrado em todas as Constituições brasileiras (art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição de 1988), que se presta à defesa não jurisdicional de direitos e interesses em face da Administração (MENDES e BRANCO, 2013, p. 458). Especificamente no que se refere ao direito de petição, o enfoque aqui recai sobre o seu desdobramento para o processo administrativo, de modo a assegurar, independentemente de previsão expressa em lei, o direito de interpor recurso administrativo perante autoridade administrativa<sup>22</sup>.

Ainda no que se refere à observância do devido processo legal, recorde-se que em relação a essa garantia fundamental, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes importantes nos quais firmou o entendimento de

<sup>21</sup> Referido princípio encontra-se encartado no Enunciado 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

<sup>22</sup> Ressalte-se, a propósito, o Enunciado 21 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

que não há violação a esse princípio quando a lei autoriza que a satisfação do crédito seja efetivada extrajudicialmente pelo próprio credor, tal como ocorre nos casos de execução extrajudicial no âmbito do SFH prevista pelo Decreto-Lei 70/66 (por todos: RE 223075, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ de 06.11.1998). Nesses casos, o Supremo tem afirmado que a observância de certos procedimentos específicos, como, por exemplo, a notificação prévia, e a possibilidade de controle jurisdicional do ato *a posteriori*, são suficientes para garantir a observância daquele princípio constitucional.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao caso em estudo, pois não há razoabilidade em se adotar uma postura mais rigorosa em relação à inscrição dos responsáveis pelos débitos em cadastros de inadimplência – medida que não atinge diretamente o patrimônio do devedor – do que em relação à execução extrajudicial – hipótese de execução forçada, extremamente invasiva – tendo em vista que, no primeiro caso, há uma restrição menos intensa ao bem jurídico contraposto em comparação com o segundo.

Por fim, mesmo que tenha sido observado o devido processo legal para a inscrição dos entes federativos em cadastros de inadimplência, considerada a gravidade dos prejuízos à coletividade que pode causar, é de se atentar para as mitigações previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e nas normas infralegais que disciplinam a matéria.

Como já dito anteriormente, a suspensão da possibilidade de receber repasses do setor público em razão do incurso nas hipóteses descritas no § 1º, inc. IV, a, do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal não se aplica às receitas destinadas ao financiamento de ações de educação, saúde e assistência social, conforme previsão expressa do § 3º do mesmo artigo.

No âmbito infralegal, ressalta-se que, no mesmo artigo em que a Instrução Normativa 01/97 da STN veda a transferência de recursos federais aos entes federativos inscritos em cadastros de inadimplência (art. 5º, *caput* e § 1º), também autoriza a entidade federal concedente dos recursos a afastar as consequências do estado de inadimplência, desde que atendidas algumas condições (§§ 2º e 3º). São elas: a) instauração (e não julgamento) de tomada de contas especial; b) inscrição do dirigente apontado como potencial responsável pela inadimplência na conta “Diversos Responsáveis”; c) estar o órgão ou entidade beneficiada sob gerência de gestor diferente daquele sob a gestão do qual houve a inscrição nos cadastros de inadimplência; d) o novo dirigente comprovar, semestralmente, ao concedente o prosseguimento das ações adotadas<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> (...) § 2º Nas hipóteses dos incisos I e II do parágrafo anterior, a entidade, se tiver outro administrador que não o faltoso, e uma vez comprovada a instauração da devida tomada de contas especial, com imediata inscrição, pela unidade de contabilidade analítica, do

Embora o § 2º, do art. 5º, da referida Instrução Normativa empregue o verbo *poderá*, dando ideia de discricionariedade, entendemos que se trata de um mau uso da técnica legislativa. Nesse caso, o cumprimento dos requisitos estabelecidos no dispositivo tornaria desarrazoada a manutenção dos efeitos deletérios decorrentes da inadimplência, pois esforços já estariam sendo dependidos, inclusive pelo novo gestor do estado ou município, para a elisão dos danos ao patrimônio público. Concordamos, portanto, com a posição segundo a qual, atendidas as condições antes mencionadas, os efeitos adversos inadimplência deverão ficar suspensos até o julgamento final da tomada de contas especial (FERNANDES, 2006, p. 7586).

Vê-se que a tomada de contas converte-se em instrumento que, aliado a uma postura da nova gestão do ente federativo visando a superação do estado de inadimplência, serve à suspensão da inscrição no SIAFI/CADIN, mesmo sem ter o seu julgamento concluído.

Nesse contexto, atendidas as condições específicas tratadas no capítulo anterior, não nos parece haver óbice nas garantias do devido processo legal, entre outras, para que Estados, Distrito Federal e Municípios possam ser inscritos em cadastros de inadimplência mantidos pelo Governo Federal sem o prévio julgamento de tomada de contas especial. O que dá o tom da ponderação acerca do caráter prescindível da tomada de contas nesse caso são as garantias constitucionais do processo, mas também outros elementos normativos que influenciam no bom uso, no uso correto, dos instrumentos de auxílio à gestão financeira e contábil mantidos pela Administração.

## 5 CONCLUSÃO

A nosso ver, a tese de que a inscrição de Estados, Distrito Federal e Municípios inadimplentes no CADIN e no SIAFI/CAUC deve ser precedida do prévio julgamento de tomada de contas especial pelo TCU não encontra amparo nas garantias do devido processo legal. Além disso, viola o princípio da eficiência da Administração Pública, com consequências indesejáveis para toda a coletividade.

De toda a sorte, o tema suscita diversas controvérsias e merece uma maior atenção da doutrina brasileira. O presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema. O nosso esforço, contudo, foi empreendido exatamente para mostrar que a forma como o Supremo Tribunal Federal vem tratando a questão

---

*potencial responsável em conta de ativo “Diversos Responsáveis”, poderá ser liberada para receber novas transferências, mediante suspensão da inadimplência por ato expresse do ordenador de despesas do órgão concedente. Redação alterada p/IN 5/2001§ 3º O novo dirigente comprovará, semestralmente ao concedente o prosseguimento das ações adotadas, sob pena de retorno à situação de inadimplência.*

até o momento deixa de lado uma série de ponderações que podem (e devem) ser consideradas no tratamento do Tema 327 de Repercussão Geral.

## 6 REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Interpretação Consequencialista e Análise Econômica do Direito Público à Luz dos Princípios Constitucionais da Eficiência e Economicidade. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009

BARROS, Emílio Carlos da Cunha. **Gestão de recursos públicos e procedimentos administrativos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004

BRASIL. **Constituição (1988)**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Tomada de Contas Especial da Controladoria-Geral da União (Abril 2013)**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/arquivos/manualtce.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015

\_\_\_\_\_. **Decreto 70.235 de 06 mar. 1972**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D70235Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235Compilado.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa 1 de 15 jan. 1997 da Secretaria do Tesouro Nacional** (Diário Oficial de 31 jan. 1997). Lex. Disponível em: <[http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/estados/IN\\_STN\\_1\\_1997\\_Convenios/IN\\_stn\\_01\\_15jan1997\\_convenios.htm](http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/estados/IN_STN_1_1997_Convenios/IN_stn_01_15jan1997_convenios.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa 2 de 02 fev. 2012 da Secretaria do Tesouro Nacional** (Diário Oficial de 6 fev. 2012). Lex. Disponível em: <<http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=237216>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar 101 de 04 mar. 2000**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.112 de 11 dez. 1990**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 02 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.443 de 16 jul. 1992**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.784 de 29 jan. 1999**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 de 10 jan. 2002**. (Código Civil). Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.522 de 19 jul. 2002**. Lex. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10522.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Sexta Turma do Tribunal Regional Federal (1. Região). **Apelação Cível 2002.40.00.006449-4/Piauí**. Apelante: Fundação Nacional de Saúde – FUNASA. Apelada: Município de Oeiras-PI. Rel. Juiz Federal David Wilson de Abreu Pardo. Brasília, 12 maio 2008. Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral 327**. Inscrição de Município no SIAFI/CADIN sem o prévio julgamento de Tomada de Contas Especial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3815408&numeroProcesso=607420&classeProcesso=RE&numeroTema=327>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Decisão Normativa 55 de 10 dez. 2003**. Disponível em: <[http://200.222.27.34/legislacao/Federal/normativos\\_tcu/decisao\\_norma\\_55\\_03.html](http://200.222.27.34/legislacao/Federal/normativos_tcu/decisao_norma_55_03.html)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. **Administração Pública: Direito Administrativo, Financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 5. ed. NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. **O procedimento de instauração de Tomada de Contas Especial**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Fórum, n. 56, ago. 2006

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Cooperação econômica entre entes federativos, transferências voluntárias de recursos financeiros e a natureza jurídica dos convênios públicos. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 54, out./dez. 2013.

HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no Direito Financeiro. **Revista Virtual da Advocacia-Geral da União**, n. 15, out. 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/104847](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/104847)>. Acesso em: 28 jul. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.





# PORTAL DE FINANÇAS E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: JULGAMENTO DA ADIN 2.198 PELO STF

*Marcelo Guerra Martins<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Sociedade da Informação, Transparência Fiscal e Cidadania; 3. Evolução Legislativa da Transparência Fiscal; 4. O Julgamento da ADIN 2.198 pelo STF; 5. Conclusões; 6 Referências

## 1 INTRODUÇÃO

Temas como tributação e finanças públicas sempre foram (e ainda são) pontos sensíveis na relação entre contribuintes e seus governos. Desde há muito tempo é notório que a maioria das pessoas não aprecia entregar seus recursos ao Estado, ainda mais de forma coercitiva como ocorre com os tributos.

Aliás, até uns dois séculos atrás, as exações eram basicamente uma extorsão, verdadeiro achaque contra os contribuintes que se viam à mercê da sanha arrecadatória de reis, imperadores, príncipes e generais. De fato, muitas vidas foram perdidas em diversos levantes contra sistemas tributários opressores, injustos e obscuros.

Revolutas bastante conhecidas, e por isso sempre citadas, são a *Boston Tea Party* de 1773 e a Revolução Francesa de 1789. No Brasil, destacam-se os movimentos da Inconfidência Mineira (de 1789) e da Guerra dos Farrapos (iniciada em 1835 no Rio Grande do Sul)<sup>2</sup>. Em comum todas essas

---

<sup>1</sup> Juiz federal, titular da 17ª Vara de São Paulo. Convocado como juiz auxiliar e instrutor do Supremo Tribunal Federal, no gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski, entre 2009 e 2012. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do programa de mestrado em direito (*strictu sensu*) das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo).

<sup>2</sup> Botelho (2005, p. 17) ainda aponta os seguintes levantes: revolta dos *mailloins*, sob o reinado de Charles V; dos *croquants*, no fim do século XV; dos *va-nu-pieds*, na Normandia, em 1639; dos *bonnets rouges*, na Bretanha, em 1675.

convulsões nasceram, segundo Baleeiro (1998, p. 284), do “*sentimento de repulsa a impostos reputados injustos por um grupo social em certo momento*”.

Somente por volta do final do século XVIII, principalmente por força das ideias iluministas, foi que os tributos passaram a ser encarados como “coisa pública”, isso é, como recursos a serem arrecadados com base na lei e empregados em prol do bem comum da sociedade.

Porém, mesmo passados mais de duzentos anos, é preciso reconhecer que a proposta do tributo como “coisa pública” tornou-se realidade integral em poucas regiões (v.g. Europa, Estados Unidos, Canada, Austrália e Nova Zelândia).

No resto do mundo, onde predominam os chamados países em desenvolvimento, incluindo o Brasil, a maioria dos sistemas tributários é de cunho regressivo, fazendo com que os pobres paguem proporcionalmente mais tributos do que os ricos<sup>3</sup>, Tais sistemas geralmente são maculados por normas complexas e obscuridade na destinação do que foi arrecadado.

Para piorar, como nesses locais a maior parte da arrecadação ordinariamente provém dos chamados tributos indiretos, a consciência do quanto cada indivíduo contribui para os cofres públicos fica obscurecida.

Como é sabido, nesse tipo de tributo o ônus financeiro é transferido ao consumidor final. Portanto, apenas quando as notas fiscais de compra fizerem menção à incidência tributária ocorrida, é que será possível verificar o quanto do preço final corresponde às exações incidentes<sup>4</sup>.

Todavia, é certo que tão importante quanto limitar o poder de tributar do Estado, como faz, por exemplo, o regramento do art. 150 da Constituição de 1988 (princípios da legalidade, anterioridade, irretroatividade, não confisco, etc.), é permitir que os cidadãos controlem os respectivos gastos públicos, ou seja, fiquem cientes do quanto foi arrecadado e onde e como foram os recursos empregados.

A preocupação com o retorno dos recursos arrecadados não é propriamente nova. Nos idos de 1762, no *Contrato social*, Rosseau (1973, p. 100) já asseverava que: “*Não é pela quantidade de tributos que se deve me-*

---

<sup>3</sup> No Brasil, segundo Almeida (2010, p. 168), estima-se que quem ganhe mensalmente até dois salários mínimos, transfira aproximadamente 54% da renda ao Estado como reflexo dos tributos indiretos incidentes no consumo de bens e serviços. Algo em torno de 200 dias de trabalho. Para os que ganham acima de 30 salários, a repercussão é menor, ou seja, a tributação indireta absorve “apenas” 30% da renda ou 100 dias de trabalho.

<sup>4</sup> Tomando como exemplo o Brasil, não obstante o art. 150, §5º, da Constituição de 1988, ter determinado a conscientização do consumidor acerca dos tributos que incidem sobre mercadorias e serviços, somente em 2012, com a Lei 12.741, é que o tema foi regulamentado, de modo a obrigar que as notas fiscais de compra trouxessem esse tipo de informação.

*dir o ônus, mas sim pelo caminho que têm de fazer para voltar às mãos de que saíram*”. Pensamento verdadeiramente preclaro.

Fato é que qualquer controle nessa seara somente será possível mediante a devida prestação de contas. Com isso privilegia-se a cidadania, aquele sentimento de pertença a certo grupo social que desperta e legitima o interesse de muitos por fiscalizar mais de perto o trato das finanças públicas.

Essa situação não passou despercebida pelos representantes do povo francês que, em 1798, reunidos em Assembleia Nacional, fizeram expressamente constar na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que: “Art. 15 A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”<sup>5</sup>.

Em suma, exercício da cidadania e prestação de contas à sociedade são faces de uma mesma moeda. Um fator não sobrevive sem o outro.

Atualmente, ainda mais dentro do contexto da Sociedade da Informação em que vive a humanidade, não se pode admitir Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito que restrinja informações à população acerca da arrecadação e dos gastos públicos. E, ainda, não basta informar, é indispensável que os dados fornecidos sejam confiáveis e, sobretudo, compreensíveis.

Assim, não é suficiente que os governos atuem da forma mais republicana, impessoal e democrática possível. É também indispensável que demonstrem que estão agindo dessa maneira, ou seja, é necessário que exista plena transparência por parte da administração pública em todos os aspectos, sobretudo fiscais e tributários.

Os meios eletrônicos, com destaque para a *internet*, ganham cada vez mais espaço nessa missão de informar o cidadão. Aliás, ainda que não expressamente previsto na Constituição de 1988, o princípio da transparência decorre da conjugação de vários preceitos constitucionais, conforme será visto adiante.

Nesse cenário é que se insere a questão tratada no presente texto, ou seja, a possibilidade de a lei ordinária (no caso a Lei 9.755/98) determinar que dados fiscais do Distrito Federal, Estados e Municípios, todos entes que compõem a Federação, autônomos e independentes entre si, sejam expostos no *site* do TCU (Tribunal de Contas da União), o que foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião no julgamento da ADIN 2198, em 11.04.2013.

---

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 06 jun. 2015.

O desenlace envolveu a valoração de princípios constitucionais aparentemente em choque. De um lado, a transparência, com o suposto direito de a sociedade conhecer, o mais possível, os dados fiscais dos diversos órgãos e setores governamentais. De outro, o princípio federativo, que reza não existir hierarquia entre os componentes da Federação, o que, em tese, impediria que mera lei ordinária (lei federal) tratasse da divulgação de dados relativos a outros entes federados no *site* do TCU.

É o que passamos a discorrer, ficando advertido, desde logo, que não pretendemos esgotar ou encerrar o tema, ao contrário, críticas e contribuições são sempre bem vindas.

Contribuir, mesmo que singelamente, para a obra comemorativa dos 25 anos do Ministro Marco Aurélio como integrante do STF é, além de grata satisfação, uma grande honra. A firmeza com que o S.Exa. defende os preceitos constitucionais, principalmente quando se encontram em debate direitos fundamentais, sempre com votos permeados por notável clareza e extrema lucidez, há tempos vem deixando um legado inestimável para as futuras gerações. Conhecimento profundo do sistema jurídico, assertividade, capacidade argumentativa, coragem, erudição, elegância e civilidade são apenas alguns dos atributos que transbordam do homenageado, o estimado Ministro Marco Aurélio.

## 2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, TRANSPARÊNCIA FISCAL E CIDADANIA

A humanidade vive o que vem se convencionando chamar de era da Sociedade da Informação<sup>6</sup>. Em síntese, trata-se de um período histórico em que a criação, processamento, armazenamento e a difusão do conhecimento e de informações, de modo crescente, passam a ter papel de altíssima relevância nos arranjos socioeconômicos dos diversos povos.

Nessa nova era social, o valor dos bens imateriais acaba inclusive por suplantar a dos materiais. Assim ocorre porque, segundo pontua Siqueira Júnior (2007, p. 255), “*Na era agrícola, a terra se configurava como o fator primordial da geração de riquezas. Na era industrial a riqueza surge da máquina a vapor e da eletricidade. Na era do conhecimento, a informação e o conhecimento são os atores centrais da produção econômica*”.

---

<sup>6</sup> O termo Sociedade da Informação surgiu, segundo notícia Siqueira Júnior (2007, p. 252), “*pela voz do então Presidente da Comissão Européia, Jacques Delors, por ocasião do Conselho Europeu (1993), ao lançar pela primeira vez a idéia das infra-estruturas da informação*”.

Evidentemente os bens materiais continuam deveras importantes, pois todos os seres humanos necessitam de comida, roupas, objetos, remédios, material de higiene, eletrodomésticos, automóveis, casas e edifícios, etc., para sobreviverem dignamente.

Todavia, a informação, o conhecimento, notadamente os segredos e as técnicas para a produção de tais bens, terminam por valer mais do que o conjunto dos utensílios efetivamente produzidos. De fato, segundo bem diagnóstica Toffler (1980, p. 162), “a informação tornou-se talvez o negócio mais importante e o que mais cresce no mundo”<sup>7</sup>.

Também marca a era da Sociedade da Informação o impressionante desenvolvimento dos computadores e equipamentos de informática em geral, além dos *softwares* cada vez mais funcionais e acessíveis. Tal circunstância facilitou a criação e a integração das redes eletrônicas, o que, por sua vez, permitiu que conhecimento e informações circulassem, em tempo real, por todo o Planeta a custos muito reduzidos.

A história da comunicação humana, na narração de Limberger (2006, p. 57-58), passa por quatro fases: 1ª) comunicação oral dos povos primitivos; 2ª) a escrita (ou alfabeto), que permitiu a transmissão do conhecimento entre gerações; 3ª) a imprensa, que facilitou a difusão da informação a um grande número de pessoas e 4ª) os meios de comunicação em massa, como o rádio, o cinema, a televisão e os computadores.

No que tange aos computadores, conforme Barreto Júnior (2007, p. 62), é possível falar numa verdadeira revolução digital (ou cibernética) que induz na dissolução das “*fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática*”.

Com efeito, até pouco tempo atrás, os aparelhos eletrônicos usualmente desempenhavam apenas uma função (ou eram rádio, ou televisão, ou telefone, ou computador simples, etc.). Agora, o amalgamento de várias funcionalidades num único equipamento é realidade quase que comezinha.

O surgimento dessa conjuntura não seria possível sem a *internet* que certamente representou uma mudança de paradigma na forma dos seres humanos se comunicarem uns com outros. Na visão de Castells (2003, p. 8)<sup>8</sup>,

---

<sup>7</sup> Segundo o autor (Ob. cit., p. 182), a humanidade começa a viver a denominada Terceira Onda, cuja civilização “*terá à sua disposição mais informação – e informação mais minuciosamente organizada a respeito de si mesma do que se podia imaginar ainda há apenas um quarto de século*”.

<sup>8</sup> Infelizmente, segundo o autor (*idem*, p. 10), “cerca de “50% da humanidade mal sobrevive com menos de dois dólares por dia”. Assim, as mais promissoras perspectivas da Sociedade de Informação ainda são apenas miragem para muita gente. De qualquer forma, é inegável que, após a difusão mundial da *Internet*, o conhecimento vem ficando cada vez mais acessível e a informação, por seu turno, passou a poder ser transmitida em tempo real para quase todos os países.

a internet se mostra como “um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”.

A estrutura de redes interligadas e não hierarquizadas próprias da internet proporcionou a criação de um ambiente virtual de ampla liberdade na criação e circulação dos mais variados conteúdos e propósitos, o que inclusive já catalisou na derrubada de governos (v.g. a denominada Primavera Árabe), além de estar colocando em xeque a estabilidade de tantos outros.

Portanto, não obstante o uso predatório da grande rede (v.g. cometimento de fraudes, extorsões, difusão de racismo, pornografia infantil e outros crimes), é certo que os Estados e seus governantes nunca estiveram tão passíveis de serem observados e, por conseguinte, criticados pelos cidadãos em geral.

Daí que governantes mal intencionados procurem obscurecer a consciência fiscal dos indivíduos, de modo a iludi-los acerca de quanto efetivamente vêm entregando aos cofres públicos, tornando mais difícil verificar se há certo equilíbrio ou razoabilidade entre o que se dá e o que o se recebe de volta na forma de serviços e comodidades diversas.

Tais governos, portanto, não possuem qualquer interesse pela transparência fiscal ou tributária. Afinal, conforme bem coloca Limberger (2006, p. 71), “O fato da informação estar mais disponível faz com que haja um maior cuidado com o trato do dinheiro público”.

O contrário da transparência fiscal é a chamada ilusão fiscal, cujo estudo pioneiro foi edificado por Puviani (1903, p. 8)<sup>9</sup> no início do século XX, e que definiu o fenômeno como uma compreensão errada a respeito do montante dos tributos pagos ou a serem pagos ao governo ou acerca da aplicação desses recursos.

Esse sentido ainda prevalece na literatura atual. Assim, para Dell’Anno e Mourão (2012, p. 271), “Ilusão fiscal ocorre toda vez que um contribuinte não percebe quanto paga ao Estado ou quanto dele recebe de volta”<sup>10</sup>.

Percebe-se que a ilusão fiscal é, em resumo, uma questão ligada à percepção distorcida dos indivíduos de quanto efetivamente custa o governo

<sup>9</sup> Porém, o fenômeno da ilusão fiscal já havia sido percebido no século XIX, mais precisamente em 1848 por John Stuart Mill, em relação aos chamados tributos indiretos. Em suas palavras: “Perhaps ... the money which [the taxpayer] is required to pay directly out of his pocket is the only taxation which he is quite sure that he pays at all. ... If all taxes were direct, taxation would be much more perceived than at present; and there would be a security which now there is not, for economy in the public expenditure” (apud SAUSGRUBER e TYRAN, s.d., p. 2).

<sup>10</sup> No original: “Fiscal illusion occurs every time a taxpayer does not realize how much he pays to the state or how much he receives from the state”.

(ou o Estado), sendo que esse erro de avaliação pode ser dar tanto na esfera da entrada dos recursos (a carga tributária, com destaque para os tributos indiretos) quanto na esfera da saída, ou seja, da aplicação das quantias arrecadadas.

Assim, na ilusão fiscal da entrada, os contribuintes encontram-se submetidos a uma carga tributária maior do que normalmente percebem. Pensam estar pagando X, mas, na realidade, entregam ao governo X + Y. Noutra giro, a ilusão de saída é gerada pela dificuldade das pessoas em perceber o quanto e em que áreas estão sendo aplicados os recursos públicos. Trata-se, sobretudo, de uma deficiência na transparência com o trato das finanças públicas.

Por conseguinte, a neutralização da ilusão fiscal, tanto de entrada quanto de saída, é fundamental para robustecer nos indivíduos o sentimento de também serem responsáveis pelo financiamento do Estado, e, por isso, sentirem-se mais encorajados e legitimados a exigir dos governantes posturas mais republicanas e impessoais no trato das finanças públicas, bem como a implantação de políticas congruentes com a dignidade da pessoa humana e que verdadeiramente concorram para o bem comum.

Trata-se, outrossim, de aprimorar o exercício da cidadania que inevitavelmente liga-se àquele sentimento de pertença a certo grupamento humano, fenômeno já presente na antiguidade<sup>11</sup>.

Entra em cena, portanto, o princípio da transparência que, na lição de Sales (2006, p. 29), é materializado “*no dever, a ser observado pela Administração Pública, de divulgar e prestar contas de forma clara, objetiva e atualizada, a fim de que o cidadão possa se apropriar das informações, discutir e exigir o que entender de direito*”.

Isso é importante porque, segundo relata Limberger (2006, p. 66): “*A experiência de direito comparado aponta no sentido de que os países com informação mais transparente são os que apresentam menores índices de corrupção*”.

O princípio da transparência, ainda que não expresso, encontra-se implícito na Constituição de 1988. Pode ele ser deduzido, conforme aduz Motta (2010, p. 106), “*pelos subprincípios da publicidade, da motivação e da participação popular na gestão administrativa*”.

Em sentido análogo, Limberger (2006, p. 70) entende que “*a transparência demonstra ser uma interação do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e o princípio democrático*”.

Também é possível enfocar o princípio da transparência como uma versão do princípio da moralidade administrativa, segundo a lição de Oliveira e

---

<sup>11</sup> Na clássica lição de Coulanges (1954, p. 295-296), “*Reconhecia-se como cidadão todo homem tomava parte no culto da cidade e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos*”.

Dourado Júnior (2010, p. 130). Em resumo, segundo informa Sales (2014, p. 78), a transparência é uma tendência do direito administrativo contemporâneo.

Como uma especificidade do princípio da transparência, é possível vislumbrar na Constituição de 1988, também de maneira implícita, o princípio da transparência fiscal, em decorrência dos princípios republicano e democrático. É o que acentua Motta (2010, p. 107).

De fato, no que tange às finanças públicas, ao lado dos princípios da publicidade e da moralidade administrativa, ambos expressos no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, a transparência encontra guarida em outros preceitos constitucionais, como, por exemplo, o art. 162, *in verbis*:

**Art. 162.** *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios divulgarão, até o último dia do mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio.*

**Parágrafo único.** *Os dados divulgados pela União serão discriminados por Estado e por Município; os dos Estados, por Município.*

Merece igualmente destaque o previsto no § 3º do art. 165 da Carta Magna cuja redação determina que “*O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária*”.

Aliás, antes mesmo da Constituição de 1988, a divulgação periódica de dados relativos às finanças públicas já havia sido prevista no art. 111, da Lei 4.320, de 17.03.1964, nos seguintes termos:

**Art. 111.** *O Conselho Técnico de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda, além de outras apurações, para fins estatísticos, de interesse nacional, organizará e publicará o balanço consolidado das contas da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários.*

Evidentemente, é indispensável que as informações prestadas pelos diversos setores e órgãos governamentais sejam confiáveis e, mais do que isso, compreensíveis à ampla maioria dos cidadãos comuns. De fato, não é suficiente a mera publicidade ou enunciação dos números. Segundo enfatizam Viccari Júnior *et al.* (2002, p. 183), “*é necessário que esta seja efetuada de forma que a população em geral tenha condições de interpretá-los*”.

Além disso, na era da Sociedade da Informação deve o acesso aos dados públicos ser amplamente facilitado, principalmente pela utilização de ferramentas e redes eletrônicas como a *internet*, sob pena de o governo envolvido não poder ser considerado plenamente transparente.



Com efeito, as novas tecnologias surgidas nas últimas décadas exigem que a transparência seja vista em concepção atualizada. Desse modo, segundo propõe Sales (2006, p. 33), “*O conceito de um governo transparente implica na disponibilização **on line**, de forma atualizada, de todos os gastos e despesas, bem como das despesas públicas*”.

Nesse cenário, a *internet* se destaca não apenas pela rapidez com que dados e informações nela circulam, mas também pela facilidade da criação de *sites* ou páginas voltadas ao controle das finanças públicas, com informações claras e explicativas que visem facilitar a compreensão do cidadão comum acerca do tema, um tanto árido à primeira vista.

Por fim, há um argumento de índole pragmática que legitima a maior transparência possível dos diversos governos. Trata-se da relação existente entre o nível de ilusão fiscal presente na sociedade e o estágio de desenvolvimento.

É que por mais transparente que um determinado governo seja, por mais perfeitas e claras que sejam as contas prestadas aos cidadãos, sempre haverá algum nível de ilusão fiscal disperso na sociedade. As razões para isso são variadas e não cabe aqui aprofundá-las dada a complexidade do tema.

O trabalho de Mourão (2008) é pioneiro na proposta de criação de um índice que afira a ilusão fiscal. Referido índice é o resultado da combinação de quatro componentes, cada um composto de uma série de dados referentes ao período entre 1960 e 2006, obtidos perante 68 países tidos como democráticos.

Assim, segundo o autor (*idem*, p. 63-64), cada componente é, por sua vez, subdividido em diversos fatores, cada um com valores próprios, tais como: abertura da economia, porcentagem de votos inválidos, grau de confiança no governo e seu tamanho, criação de moeda, razão entre a tributação direta e indireta, tributação do lucro das empresas, porcentagem da dívida pública frente ao PIB, razão entre despesas correntes e de capital no orçamento<sup>12</sup>, porcentagem de transferências de capital nas despesas de capital<sup>13</sup>, etc.

Como principais resultados, o trabalho em foco (*idem*, p. 66 e seg.) apresenta o seguinte:

---

<sup>12</sup> As despesas correntes, em regra, visam a manter o governo funcionando, por isso consideradas operacionais. São gastos que geralmente não tendem a proporcionar um aumento na capacidade produtora do país (v.g. remuneração dos funcionários públicos, pagamentos de juros, manutenção de prédios, material de consumo). Já as despesas de capital, de um modo geral, tendem a levar a um aumento na capacidade produtora do país (v.g. construção de estradas, portos, aeroportos, escolas, usinas, linhas de transmissão, etc.).

<sup>13</sup> As transferências de capital são remessas financeiras feitas em benefício de outras pessoas jurídicas (de direito público ou privado), independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços. São auxílios ou contribuições para que os entes beneficiários os empreguem em suas despesas de capital.

(i) tanto países desenvolvidos quanto em desenvolvimento reduziram o nível de ilusão fiscal entre 1960 e 2006;

(ii) os países que apresentam os menores índices de ilusão fiscal são: Austrália, Luxemburgo, Holanda e Nova Zelândia. Noutra ponta, os maiores índices pertencem a: El Salvador, Guatemala, Honduras, Índia, Madagascar, Mali, Paquistão, Rússia e Sri Lanka;

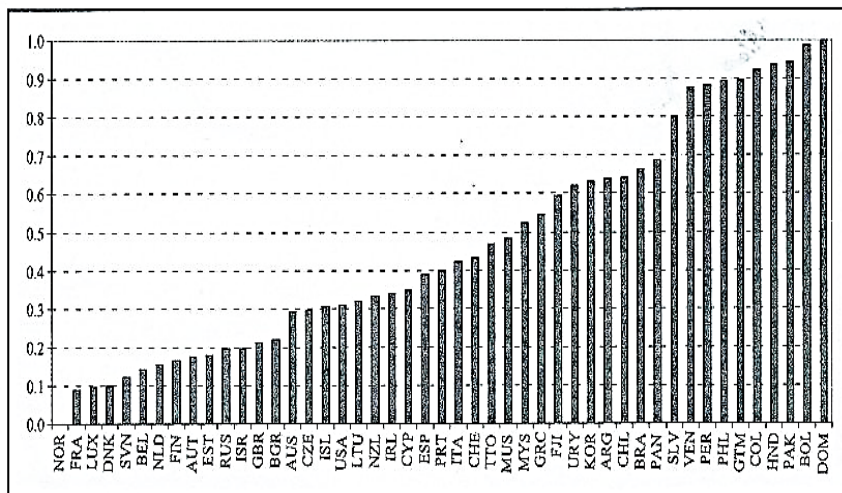
(iii) no período analisado (1960-2006), Bélgica, Itália, Portugal e Espanha reduziram a ilusão fiscal em mais de 50%;

(iv) em 2006, em média, os países em desenvolvimento possuíam índices semelhantes de ilusão fiscal àqueles dos países desenvolvidos em 1960.

Outro estudo que merece ser mencionado é o realizado por Dell'Anno e Mourão (2012) que, de modo semelhante, opera a questão dos índices de ilusão fiscal. As conclusões são muito semelhantes, ou seja, o nível de ilusão fiscal ordinariamente acompanha o estágio de desenvolvimento dos países.

No caso, segundo os autores, o índice de ilusão fiscal máximo equivale a 1,0 e o mínimo a 0,0. Verifica-se claramente a relação entre a ilusão fiscal e o nível de desenvolvimento dos países. Quanto menor a primeira, maior o segundo e vice versa.

Assim, por exemplo, enquanto que em países como Noruega (NOR), França (FRA), Luxemburgo (LUX) e Dinamarca (DNK) o índice de ilusão fiscal é menor do que 0,1, na República Dominicana (DOM), Bolívia (BOL), Paquistão (PAK) e Honduras (HND) ele se aproxima de 1,0. O Brasil (BRA) possui um índice de quase 0,7, conforme ilustra a figura abaixo:



O trabalho em referência aponta o seguinte (*idem*, p. 291):

(i) altos níveis de ilusão fiscal definitivamente estão relacionados com o tamanho do déficit público (existência de orçamentos deficitários) e com a prevalência da tributação indireta sobre a direta (ou pessoal);

(ii) a complexidade do sistema de tributação também contribui para a ilusão fiscal;

(iii) empresários e trabalhadores autônomos (*self-employment*) costumam possuir maior capacidade de aquilatar os custos da tributação do que empregados. Em última instância, isso pode influir no nível de ilusão fiscal do país, dependendo da razão entre esses dois tipos de trabalhadores;

(iv) por outro lado, não há evidências suficientes para concluir que os níveis de ilusão fiscal se relacionam com índices de liberdade de imprensa ou a quantidade de pessoas portadoras de diploma de nível superior;

(v) melhores práticas administrativas precisam ser implantadas pelos governos, como, por exemplo, aumento da transparência nos relatórios e prestações de contas, além da criação de incentivos para uma maior participação popular nas decisões governamentais.

Nesse diapasão, nota-se que quanto mais desenvolvido for um país, menor será o nível de ilusão fiscal de seus cidadãos e vice versa, o que demonstra, mais uma vez, que transparência fiscal e cidadania são elementos complementares que caminham de mãos dadas.

### 3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TRANSPARÊNCIA FISCAL

Ainda que se verifique estar o princípio da transparência implícito na Constituição de 1988, é certo que a sua implantação pelas várias esferas de governo dependeu (e ainda depende) da legislação regulamentadora, mesmo porque, em 1988 não era possível aventar da prestação de contas por meios eletrônicos. Aliás, na ocasião a *internet* sequer havia ganhado sua versão comercial, o que somente veio ocorrer a partir da metade dos anos noventa.

O primeiro diploma legal que tratou da divulgação de dados *on line* foi a Lei 9.755, de 16.12.1998 que “*Dispõe sobre a criação de ‘homepage’ na ‘Internet’, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências*”.

Em linhas gerais, a lei em apreço determinou que o TCU (Tribunal de Contas da União) criasse uma página eletrônica na *internet* denominada de Contas Públicas, de modo a fazer constar informações acerca da arrecada-

dação tributária dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e também da execução dos diversos gastos. A regulamentação veio por meio da Instrução Normativa TCU 28/99.

Segundo estatuído nos incisos do art. 1º da Lei 9.755/98, na página denominada Constas Públicas, deveria constar:

*I – os montantes de cada um dos tributos arrecadados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, os recursos por eles recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio (caput do art. 162 da Constituição Federal);*

*II – os relatórios resumidos da execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (§ 3º do art. 165 da Constituição Federal);*

*III – o balanço consolidado das contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários (art. 111 da Lei 4.320, de 17.03.1964);*

*IV – os orçamentos do exercício da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os respectivos balanços do exercício anterior (art. 112 da Lei 4.320, de 1964);*

*V – os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos e as comunicações ratificadas pela autoridade superior (caput do art. 26, parágrafo único do art. 61, § 3º do art. 62, arts. 116, 117, 119, 123 e 124 da Lei 8.666, de 21.06.1993);*

*VI – as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta (art. 16 da Lei 8.666, de 1993)”.*

Por sua vez, o art. 3º da Lei 9.755/98 estabeleceu que “*Para fiel e uniforme aplicação das presentes normas, o Tribunal de Contas da União atenderá a consultas, coligará elementos, promoverá o intercâmbio de dados informativos e expedirá recomendações técnicas, quando solicitadas”.*

E, em seu parágrafo único, ficou previsto que “*poderão ser promovidas, quando necessário, conferências e reuniões técnicas com a participação de representantes das entidades abrangidas por estas normas ou de suas associações”.*

Notável evolução legislativa veio a tona pouco menos de dois anos depois, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar 101, de 04.05.2000, cujo art. 48 determinou a apresentação de vários dados referentes às finanças públicas dos entes federativos brasileiros.

É importante frisar que a LC 101 não se revela como mera “lei federal”, mas sim uma “lei nacional”, significando dizer que suas disposições obrigam a todos os entes federativos, ou seja, União, Estados, Distrito Fede-

ral e todos os Municípios. É o que indicam Oliveira (2001, p. 24) e Viccari Júnior *et al* (2002, p.183).

Assim, pelo art. 48 da LC 101, a transparência se opera por meio dos seguintes instrumentos: planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias, orçamentos, prestações de contas e respectivos pareceres prévios, Relatório Resumido da Execução Orçamentária, Relatório de Gestão Fiscal que devem ser publicados também em versão eletrônica.

O parágrafo único do art. 48 em tela, na redação original, determinava que a transparência seria assegurada “*também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos*”.

Posteriormente, a Lei Complementar 131, de 27.05.2009, inseriu dispositivos na LC 101 para determinar a disponibilização, em tempo real, de informações sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A nova redação dada ao parágrafo único do art. 48 passou a determinar que a transparência será assegurada também mediante as seguintes diretrizes/ providências:

*I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;*

*II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;*

*III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.*

Assim, no que concerne à arrecadação e gastos públicos, passou a não ser mais suficiente a existência das versões eletrônicas de documentos como planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias, orçamentos, prestações de contas e respectivos pareceres prévios, etc., tendo entrado em cena a necessidade das informações ocorrerem “em tempo real”.

Significa dizer que, após a LC 131, os vários governos devem promover constante atualização nas informações relativas à arrecadação e à execução orçamentária, de maneira que a realidade dinâmica das finanças públicas possa ser apreendida do modo mais fidedigno possível pelos cidadãos em geral. Nesse tópico, fica em evidência o papel dos meios e das redes eletrônicas de comunicação.

Com efeito, busca a LC 131 “*a materialização, em especial, dos princípios da transparência, da ampla publicidade, da gestão pública eficiente e eficaz e da mais vasta participação da sociedade*”, segundo é pontuado por Oliveira e Dourado Júnior (2010, p. 142).

Por fim, cabe mencionar a chamada Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18.11.2011). Ainda que os propósitos dessa norma não se encontrem ligados diretamente ao fornecimento de informações relativas às finanças públicas, seus preceitos acabam por compor, mesmo que de modo indireto, o cabedal jurídico concernente à transparência fiscal.

Tratando-se de uma lei federal (e não nacional), é possível que futuramente venham questionar a sua obrigatoriedade em relação a Estados, Distrito Federal e Municípios, em vista de eventual agressão ao pacto federativo, semelhantemente ao que ocorreu com a Lei 9.755/98, por meio de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, em termos gerais, a Lei 12.527, no que tange ao tema ora tratado, traz dispositivos muito interessantes, a começar pela enunciação dos respectivos princípios básicos dispostos nos incisos do art. 3º, a saber:

- I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;*
- II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;*
- III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;*
- IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;*
- V – desenvolvimento do controle social da administração pública”.*

Nessa linha, por exemplo, nos termos do art. 7º, V, VI e VII da lei em apreço, o acesso compreende informações sobre: atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços (inciso V); administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos (inciso VI); implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos (inciso VII, “a”); o resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores (inciso VII, “b”).

Ademais, reza o art. 8º da Lei 12.527 ser “*dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulga-*

*ção em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas”.*

Logo, além de se revelar como um direito dos cidadãos, a prestação das informações é um dever dos diversos governos, haja ou não interessados em conhecer os dados envolvidos.

Atenção especial foi dada aos meios eletrônicos, com destaque para a *internet*, como ferramenta de divulgação de dados, devendo os governos criarem, a teor do § 2º do art. 8º, dentro do âmbito de suas competências, os denominados Portais da Transparência, que devem atender aos requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei 12.527 em foco.

Dessa maneira, as informações prestadas precisam ser objetivas, transparentes, claras e conterem linguagem de fácil compreensão (inc. I). Em adição, a estrutura desses Portais deve possibilitar: a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações (inciso II) e, ainda, o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina (inc. III).

Também são obrigações dos Portais da Transparência: garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso (inciso V), manter atualizadas as informações disponíveis para acesso (inciso VI), indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio (inciso VII) e adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência (inc. VIII).

#### **4 O JULGAMENTO DA ADIN 2.198 PELO STF**

A ADIN 2.198 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado da Paraíba em 26.04.2000. Tinha como objetivo o reconhecimento da inconstitucionalidade da já referida Lei 9.755/98 que previa a publicação de dados fiscais dos diversos entes federativos em página eletrônica mantida pelo Tribunal de Contas da União, acessível por meio da *internet*.

Em suma, na petição inicial foi alegado que a Lei 9.755 ofenderia ao princípio federativo, pois submeteria os Estados e os Municípios à fiscalização do TCU, enquanto que o controle externo desses entes federativos caberia exclusivamente aos parlamentos locais auxiliados pelos respectivos Tribunais de Contas (também locais).

Ademais, ainda segundo a peça inicial, como o Estado da Paraíba goza de autonomia político-administrativa, não caberia compeli-lo a encaminhar seus dados financeiros ao TCU, ainda mais porque tais elementos já

eram regulamente divulgados em respeito ao princípio constitucional da publicidade (art. 162 da CF/88).

Em complemento, também foi ponderado pelo autor da ação que as determinações da lei impugnada não poderiam ter sido veiculadas por mera lei federal, como era o caso da Lei 9.755, sendo necessária, para tanto, a edição de lei complementar.

No julgamento final, ocorrido em 11.04.2013, a maioria dos Ministros componentes do STF decidiu pela improcedência da ADIN 2.198, com a configuração da seguinte ementa:

*EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Federal 9.755/98. Autorização para que o Tribunal de Contas da União crie sítio eletrônico denominado Contas Públicas para a divulgação de dados tributários e financeiros dos entes federados. Violação do princípio federativo. Não ocorrência. Prestígio do princípio da publicidade. Improcedência da ação.*

*1. O sítio eletrônico gerenciado pelo Tribunal de Contas da União tem o escopo de reunir as informações tributárias e financeiras dos diversos entes da federação em um único portal, a fim de facilitar o acesso dessas informações pelo público. Os documentos elencados no art. 1º da legislação já são de publicação obrigatória nos veículos oficiais de imprensa dos diversos entes federados. A norma não cria nenhum ônus novo aos entes federativos na seara das finanças públicas, bem como não há em seu texto nenhum tipo de penalidade por descumprimento semelhante àquelas relativas às hipóteses de intervenção federal ou estadual previstas na Constituição Federal, ou, ainda, às sanções estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.*

*2. Ausência de inconstitucionalidade formal por ofensa ao art. 163, inciso I, da Constituição Federal, o qual exige a edição de lei complementar para a regulação de matéria de finanças públicas. Trata-se de norma geral voltada à publicidade das contas públicas, inserindo-se na esfera de abrangência do direito financeiro, sobre o qual compete à União legislar concorrentemente, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal.*

*3. A norma não representa desrespeito ao princípio federativo, inspirando-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, no contexto do aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo, assim, o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, caput, CF/88).*

*4. Ação julgada improcedente.*

Em seu voto, o relator Ministro Dias Toffoli afastou a alegação de ofensa ao princípio federativo, uma vez que, em seu entendimento, a divulgação dos dados financeiros não implica no exercício de fiscalização por parte do TCU sobre os demais entes federados. Trata-se, pois, segundo assi-



nalado pelo Ministro, “*apenas acerca de mais um meio eletrônico de divulgação de dados e informações públicas*”. Ainda em suas palavras:

*O Tribunal de Contas da União cria a homepage e os órgãos responsáveis pela divulgação das informações e dos dados as tornam acessíveis via internet, por intermédio de links contidos no referido site, os quais remetem aos sítios eletrônicos dos próprios órgãos ou entidades...*

Em complemento, destacou o Ministro Dias Toffoli a ausência de sanções previstas para a hipótese de descumprimento dos preceitos legais por parte dos Estados e ou Municípios, “*restando ausente em seu texto qualquer tipo de penalidade semelhante àquelas relativas às hipóteses de intervenção federal ou estadual previstas na Constituição Federal, ou, ainda, às sanções estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal*”.

Outro ponto destacado pelo relator foi o que os dados a serem veiculados já são de publicação obrigatória nos veículos oficiais dos diversos entes federados e “*estão previstos em diplomas normativos diversos, como a própria Constituição Federal, as Leis Federais 4.320/64 e 8.666/93, e a Lei Complementar 101/01*”. Nessa linha, aduziu o relator, “*a norma não cria qualquer ônus novo aos entes federativos na seara das finanças públicas*”. O Ministro relator também ponderou que:

*que esta Suprema Corte já reconheceu, em sede de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.250/DF-MC), a não violação do princípio federativo pelo art. 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o qual contém determinação legal para que os entes da Federação encaminhem, ao Poder Executivo da União, suas contas anuais, para consolidação e divulgação, com a imposição de sanção por descumprimento.*

Com a devida vênia, em nosso entendimento o argumento acima (reconhecimento pelo STF da constitucionalidade do art. 51 da LC 101) seria dispensável, na medida em que não poderia a lei posterior (a LC 101/00), mesmo tendo a natureza de lei complementar, sanar eventual ofensa à Constituição perpetrada pela lei ordinária anterior, editada em 1998, conferindo à situação efeitos retroativos.

O próprio STF, em diversas ocasiões, vem decidindo que “*o sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente*” (RE 346.084, Plenário, j. em 09.11.2005, Rel. Min. Ilmar Galvão). Todavia, esse detalhe em nada prejudica o cerne do raciocínio desenvolvido pelo relator no voto proferido, cujos argumentos são bastante persuasivos, *in verbis*:

*A Lei 9.755/98 não disciplina nenhuma questão específica sobre orçamento, finanças ou tributação, mas, tão somente, prevê a criação de por-*

*tal eletrônico pelo Tribunal de Contas da União mediante o qual os demais entes federados podem disponibilizar os referidos dados, a fim de ampliar a publicidade da gestão dos recursos públicos. A legislação impugnada, portanto, está de acordo com o princípio da transparência, uma vez que visa facilitar o acesso pela sociedade a informações sobre todos os entes da federação, permitindo, assim, o seu maior controle por parte dos cidadãos.*

Os princípios da publicidade e da transparência, como legitimadores da democracia e do regime republicano, foram fortemente destacados pelo Ministro Dias Toffoli, que considerou os preceitos da Lei 9.755/98 como materializadores desses princípios. Dessa maneira, disse o Ministro, não devem os “governos se furtarem à vigília do povo e da opinião pública, nem dos órgãos fiscalizadores”.

É o que, em suma, sustentamos linhas acima quando relacionamos transparência governamental e aprimoramento do exercício da cidadania como elementos complementares e interdependentes.

Acompanharam o entendimento esposado pelo relator os Ministros Carmen Lúcia, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Noutra ponta, em divergência, votou o Ministro Marco Aurélio, sob o entendimento de que haveria sim, no caso, uma fiscalização do TCU sobre as finanças ligadas a entes federativos diversos da União, aos quais lhe faleceria a competência fiscalizatória.

Em suas palavras, destacou o Ministro Marco Aurélio que: “*Vejo que surge um órgão superpoderoso a solapar, a ferir de morte, a Federação Brasileira*”. Ainda em seus argumentos:

*(...) a meu ver, a lei conflita com a Carta da República, no que impõe esses deveres a Estados e a Municípios, afastando a respectiva autonomia. Repito, o fornecimento desses dados ao Tribunal de Contas da União não repousa na existência de convênio em que se tenha o aporte de recursos federais, presentes Estados e Municípios, mas na própria organização econômico-financeira de Estados e Municípios.*

Também acompanhou a divergência o Ministro Joaquim Barbosa que, em síntese, não via caráter nacional na Lei 9.755. Portanto, segundo afirmou, trata-se de uma lei “*que deveria se aplicar, única e exclusivamente, aos órgãos da Administração Federal e não à organização estatal dos Estados e, muito menos, dos Municípios*”. Ainda ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa o seguinte:

*Eu vejo aí, nos dispositivos impugnados dessa Lei, uma determinação muito clara no sentido de que os Estados façam algo que eles podem não*

*querer fazer, ou podem querer fazer de outra maneira. A meu ver, isso fere a autonomia do Estado-membro.*

Ainda que sejam louváveis as preocupações manifestadas pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, as circunstâncias do caso concreto, ao menos em nosso sentir, permitem concluir que os argumentos desenvolvidos no voto vencedor melhor se coadunam com a finalidade buscada pelos princípios constitucionais da transparência e da publicidade.

Nessa conjuntura, ainda mais porque nenhum ônus financeiro ou sanção por descumprimento era impingidos aos demais entes federativos que não a União, não se pode negar que quanto mais caminhos e acessos existirem para os cidadãos tomarem ciência do estado das finanças públicas, mais reverenciada estará a transparência fiscal.

## 5 CONCLUSÕES

A ilusão fiscal prejudica a capacidade de os cidadãos avaliarem seus governantes, o que, por conseguinte, pode arrefecer eventuais pressões sociais por posturas e gestões mais transparentes, impessoais e republicanas.

De um modo geral, países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento normalmente ostentam altos índices de ilusão fiscal, ocorrendo o contrário nos desenvolvidos, onde a ilusão fiscal é sensivelmente menor.

Não se trata de mera retórica. Conforme foi visto ao longo do texto, pelo menos dois estudos apontam haver uma clara relação entre o nível de consciência fiscal dos cidadãos e o estágio de desenvolvimento dos diversos países.

Daí a magna importância de todos os governos prestarem contas regularmente acerca do estado das finanças públicas (arrecadação e gastos), o que, no contesto da Sociedade da Informação, deve ocorrer cada vez mais pela utilização dos meios eletrônicos e da própria *internet*, dada o baixo custo e a alta permeabilidade social que esses meios atingem.

Evidentemente, não basta simplesmente prestar as contas. É indispensável que os dados informados sejam confiáveis e, mais do que isso, compreensíveis pelos cidadãos comuns, sob pena de manter-se estagnado o nível de consciência fiscal na sociedade.

O princípio da transparência encontra-se previsto de modo implícito na Constituição Federal de 1988. Seja como exigência do Estado Democrático de Direito, seja como decorrência do princípio democrático e ou republicano, fato é que a transparência governamental está albergada em nosso ordenamento constitucional.

Em termos legislativos, no que concerne às finanças públicas, a transparência está positivada em várias leis, com os seguintes destaques: Lei 9.755/98, Lei Complementar 101/00 (conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal), com a redação dada pela Lei Complementar 131/09, e Lei 12.527/11 (denominada Lei de Acesso à Informação).

Em suma, o conjunto desses preceitos determina que os diversos governos prestem regularmente contas à sociedade acerca do andamento das finanças públicas, o que deve ocorrer inclusive de modo eletrônico e atualizado, pela utilização de páginas na *internet*, restando demonstrado estar legislador nacional atento ao fenômeno das novas formas de comunicação próprias da Sociedade da Informação.

O Supremo Tribunal Federal, não obstante as alegações em ADIN de ofensa ao princípio federativo, manteve hígidos os preceitos da Lei 9.755/98 (lei federal) que previu a publicação de dados referentes à arrecadação e gastos de entes federativos diversos da União em página eletrônica mantida pelo Tribunal de Contas da União. É o que ficou decidido no julgamento da ADIN 2.198, da relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Dessa maneira, no cotejo entre valores constitucionais aparentemente em choque, cita-se o princípio federativo e a transparência governamental, privilegiou o STF esta última, na premissa do portal eletrônico contestado na ADIN ser mais um meio de acesso de informação dos cidadãos, bem como ante a circunstância da veiculação dos dados no *site* do TCU não representar ônus financeiros aos demais entes federativos, além de não haver sanção (v.g. intervenção federal, etc.) prevista para a hipótese de descumprimento.

Assim, esperamos ter comprovado no presente texto a imperiosa e inafastável necessidade de os governos atuarem da maneira mais transparente possível, ainda mais quando estiverem em cena as finanças públicas, devendo ocorrer ampla e irrestrita publicação dos dados relativos à arrecadação e aos gastos, com ênfase no meios eletrônicos de divulgação, em homenagem ao aprimoramento do exercício da cidadania, como instrumento de pressão social por posturas governamentais sempre impessoais, republicanas e, sobretudo, democráticas.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alberto Carlos. **O dedo na ferida**. São Paulo: Record, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito de sociedade da informação para a pesquisa jurídica. *In*: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61-77.

BOTELHO, Paula Derzi. **Sonegação fiscal e identidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BRASIL. Lei 9.755, de 16.12.1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9755.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9755.htm)>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 04.05.2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Lei Complementar 131, de 27.05.2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp131.htm)>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. Lei 12.527, de 18.11.2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)>. Acesso em: 21 maio 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 2.198, Plenário, j. em 11.04.2013, Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 maio 2015

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 346.084, Plenário, j. em 09.11.2005, Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Instrução Normativa 28, de 28.05.1999. Disponível em: <[http://www.contaspublicas.gov.br/TCU\\_InstrNorm28-99.htm](http://www.contaspublicas.gov.br/TCU_InstrNorm28-99.htm)>. Acesso em: 21 maio 2015.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 8. ed. Lisboa: Liv. Clássica, 1954, v. 2.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>>. Acesso em: 22 maio 2015.

DELL'ANNO, Roberto; MOURÃO, Paulo. Fiscal illusion around the world. **Public Finance Review**, n. 40, fev. de 2012, p. 270-299.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e as novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito de ser informado e o princípio democrático. **Interesse Público**, n. 39, 2006, p. 55-71.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência nos 10 anos da lei de responsabilidade fiscal. *In*: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Lei de responsabilidade fiscal – ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar 101/00**. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 101-119.

MOURÃO, Paulo Jorge Reis. Towards a Puviani's Fiscal Illusion Index. **Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública**, n. 187, abr. 2008, p. 49-86.

- OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; DOURADO JÚNIOR, Octávio Cascaes. O direito de acesso à informação e a lei de responsabilidade fiscal. *In*: SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Coords.). **Lei de responsabilidade fiscal 10 anos de vigência**: questões atuais. Campinas: Conceito, 2010. p. 127-145.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Responsabilidade fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PUVIANI, Amilcare. **Teoria della illusione finanziaria**. Milano: Remo Sandron, 1903.
- ROSSEAU, Jean Jacques. Tradução de Lourdes Santos Machado. **Do contrato social**. Abril Cultural, 1973, v. XXIV (Os Pensadores).
- SALES, Ramiro Gonçalves. **O direito de acesso à informação pública administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SALES, Tainah Simões. Acesso à informação, controle social das finanças públicas e democracia: análise dos portais da transparência dos estados brasileiros antes e após o advento da Lei 12.527/11. **Direito Público**, n. 48, nov. dez. de 2012, p. 28-48.
- SAUSGRUBER, Rupert; TYRAN Jean-Robert. **Testing the Mill hypothesis of fiscal illusion**. Disponível em: <[http://www.econ.ku.dk/tyran/Publications/fiscal\\_illusion.pdf](http://www.econ.ku.dk/tyran/Publications/fiscal_illusion.pdf)>. Acesso em: 03 mai. 2015.
- SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Habeas data: remédio jurídico da sociedade da informação. *In*: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 251-274.
- TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 18. ed., São Paulo: Record. 1980.
- VICCARI JÚNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélio; TREMEL, Rosângela. **Lei de responsabilidade fiscal comentada**. CRUZ, Flávio (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

# EFETIVIDADE E VINCULAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS E A ADI 4.663

Marcus Abraham<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Características do Orçamento Público no Brasil: Impositivo ou Autorizativo?; 3. Cabimento do Controle de Constitucionalidade das Leis Orçamentárias; 4. A Vinculação das Leis Orçamentárias na ADI 4663; 5. Conclusões; 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O orçamento público precisa ser elaborado de maneira a contemplar as reais necessidades da sociedade, conjugando-as com as pretensões e possibilidades de realização do governante. Igualmente, sua execução deve ser efetivada de forma a atender a suas previsões, com o máximo de transparência, eficiência e amplitude.

Afinal, de nada adianta um orçamento público – documento de previsão de receitas e autorização de despesas – desprovido de efetividade.

Por ocasião de análise em caráter liminar da ADI 4.663, o relator, Min. Luiz Fux, ao apreciar a impugnação de lei de diretrizes orçamentárias a partir do sistema orçamentário inaugurado pela Constituição de 1988 – que estabelece o convívio harmonioso do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, norteados pela busca do planejamento e da programação da atividade financeira do Estado –, adentrou neste debate, ao expressamente afirmar, em sua decisão monocrática liminar, que “*as normas orçamentárias ostentam, segundo a lição da moderna doutrina financista, a denominada força vinculante mínima, a ensejar a imposição de um dever prima facie de acatamento, ressalvada a motivação administrativa que justifique o descumprimento com amparo no postulado da razoabilidade*”.

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal do TRF-2. Doutor em Direito Público – UERJ. Professor de Direito Financeiro da UERJ. Diretor da Escola da Magistratura Federal – EMARF.

Naquele momento jogavam-se luzes sobre um tema que a cada dia que passa merece mais destaque nas finanças públicas: o da *imperatividade* da execução do orçamento público no Brasil.

É o que nos propomos a abordar neste singelo texto.

O Min. Marco Aurélio, ao completar 25 anos no exercício da judicatura junto ao Supremo Tribunal Federal, nos dá o exemplo de homem dedicado à causa pública. Sempre com suas posições firmes, ainda que contrária por vezes à maioria dos colegas da Corte, notabilizou-se por defendê-las com o vigor que se espera de quem ocupa um cargo que deve ser exercido de forma isenta, comprometendo-se tão somente com a sua consciência. Uma Corte que tem a função de defender a Constituição, e o controle de constitucionalidade objeto deste breve e simples artigo é exemplo das relevantes funções que lhe cabem, precisa de pessoas que tenham este perfil, que só dignifica a mais alta Corte de Justiça de nosso País.

## 2 CARACTERÍSTICAS DO ORÇAMENTO PÚBLICO NO BRASIL<sup>2</sup>: IMPOSITIVO OU AUTORIZATIVO?

A temática da *imperatividade* da execução do orçamento público envolve considerar o orçamento impositivo quando a sua execução é obrigatória e vinculada às previsões orçamentárias, e autorizativo quando permite que o administrador público possa, durante a sua gestão, realizar escolhas discricionárias entre gastar ou não gastar, podendo não executar parcela de suas previsões, através do denominado contingenciamento orçamentário.

Não se deve confundir, contudo, dois momentos distintos no ciclo orçamentário: a elaboração (anterior) e a execução do orçamento (posterior). Isso porque, primeiramente, temos a elaboração da peça orçamentária, em que se fazem escolhas alocativas de recursos públicos, parametrizadas por comandos jurídicos (constitucionais e legais) e por deliberações políticas (discricionárias). Em momento seguinte, temos a execução do orçamento, podendo ser considerada autorizativa ou impositiva, de acordo com a maior ou menor liberdade em executá-lo. Portanto, não se pode confundir a flexibilidade ou rigidez na elaboração do orçamento com a liberdade ou impositividade na sua execução<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Baseado no Capítulo 10.6 – “*Orçamento impositivo e autorizativo*” (p. 298-306) do livro Curso de Direito Financeiro Brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, de autoria de Marcus Abraham.

<sup>3</sup> Sobre o tema da rigidez alocativa orçamentária, Maurício Paz Saraiva Câmara faz o seguinte diagnóstico: “*No Brasil, a inflexibilidade dos recursos que deveriam estar à disposição do gestor público é fundada por duas restrições distintas, porém complementares:*



Atualmente, podemos afirmar que o orçamento público no Brasil possui um perfil dúplice: em parte é impositivo, e em parte é autorizativo. É impositivo na parte cuja execução faz-se obrigatória (despesas constitucionais e legais), e autorizativo na parcela remanescente, passível de contingenciamento e de não execução. Assim, a nosso ver, restam superados os entendimentos que generalizavam e afirmavam ser meramente autorizativo o orçamento público no Brasil.

O seu caráter híbrido – de orçamento impositivo e autorizativo – se explica, primeiramente, em razão da parcela cada vez maior de despesas obrigatórias não contingenciáveis previstas na Constituição e nas leis, e, mais recentemente, pela Emenda Constitucional 86/15, originária da “*PEC do orçamento impositivo*”, que estabelece a execução obrigatória das emendas parlamentares ao orçamento até o limite de 1,2% da receita corrente da União (RCL). No restante do orçamento, em que se estabelecem despesas discricionárias, mantém-se o perfil de orçamento autorizativo.

Mas, classicamente, não se fazia esta depuração e se dizia que o orçamento seria exclusivamente autorizativo ou impositivo, conforme o modelo jurídico analisado. Nossos autores, em sua grande maioria, postulavam a sua natureza exclusivamente *autorizativa*, pela qual se permitia a realização das despesas públicas, sem, contudo, obrigar a Administração Pública a cumprir as previsões orçamentárias. Assim, o orçamento apenas autorizaria a atividade financeira, não impondo ou vinculando a seus termos a atuação do Estado, que manteria sua autonomia política em matéria financeira. Noutras palavras, dizia-se que a lei orçamentária trazia em si uma “autorização de gastar” e não uma “obrigação de gastar”, permitindo que o Poder Executivo, durante a execução orçamentária, não realizasse algumas das despesas previstas na lei orçamentária, contingenciando-as,

---

*pelo excessivo grau de vinculação de receitas a gastos específicos e pelo elevado nível de despesas constitucional e legalmente obrigatórias. A primeira refere-se àquelas receitas que não podem ser utilizadas para despesas diferentes para as quais foram criadas (fonte x financia programa y); a segunda é atribuída aos elevados gastos obrigatórios a que qualquer governo é obrigado a honrar – tais como previdência social e despesas com pessoal – e às transferências aos estados e municípios. Essas restrições, no entanto, reduzem a flexibilidade alocativa da política fiscal para atender a outras demandas da sociedade. Foi uma opção do Constituinte de 1988, na medida em que concedeu uma gama de direitos que, não obstante serem legítimos, deram causa a uma série problemas de natureza fiscal, especialmente quanto à maleabilidade orçamentária”.* CÂMARA, Maurício Paz Saraiva. **Uma análise sobre algumas causas da rigidez orçamentária após a Constituição de 1988.** Monografia (Especialização) – Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), do Senado Federal, Curso de Especialização em Orçamento Público, Brasília, 2008. p. 11.

sob a justificativa da necessidade de se dotar o Poder Executivo de flexibilidade na execução orçamentária.

Adotando a linha clássica do *orçamento autorizativo* no Brasil, Ricardo Lobo Torres<sup>4</sup> leciona que “*a teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro*”. Por sua vez, Kiyoshi Harada<sup>5</sup> afirma que

*o orçamento anual regulado na Constituição é meramente autorizativo. É verdade que a sua execução é regida pelo princípio da legalidade. Nada pode ser gasto sem prévia fixação da despesa correspondente na LOA. Porém, é importante deixar claro que execução de despesa previamente autorizada pelo Legislativo não significa obrigatoriedade de o Executivo exaurir a verba orçamentária prevista nas diferentes dotações.*

E, na mesma esteira, afirma Eduardo Mendonça que “*o orçamento no Brasil é autorizativo, do que decorre a conclusão de que as previsões de gasto não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas*”. E, mais adiante, sintetiza: “*orçamento autorizativo, no Brasil, significa o poder de não gastar*”<sup>6</sup>.

A jurisprudência pátria também seguia essa posição, tal como já se manifestou o STF nos Recursos Extraordinários 34.581-DF e 75.908-PR: “*O simples fato de ser incluída, no orçamento, uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto, direito a esse auxílio; (...) a previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial*”.

De fato, nem os autores citados, nem a jurisprudência apresentada estão integralmente equivocados, pois o nosso orçamento público não deixa de ser, em parte, meramente autorizativo.

A principal norma que fundamenta o modelo orçamentário brasileiro como sendo autorizativo decorre da interpretação do § 8º do art. 165 da Constituição Federal de 1988, o qual diz que “*a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à **previsão** da receita e à **fixação** da despesa*”. Entende-se que o termo “fixação” não equivaleria a uma obrigação de reali-

---

<sup>4</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 177.

<sup>5</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

<sup>6</sup> MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.). **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233-234.

zação, mas tão somente ao estabelecimento de um limite para a realização da despesa. Como sabemos, a Constituição traz a regra de que, para se realizar uma despesa pública, esta deverá estar prevista no orçamento, sendo certo que não haveria liberdade para eventual alteração dos seus termos (art. 167). Ou seja, o Estado não pode gastar sem estar previamente autorizado e não pode modificar as previsões estabelecidas.

Ainda, como fundamento complementar para esta compreensão, temos a interpretação de que a Lei 4.320/64 faculta ao Poder Executivo contingenciar despesas autorizadas na lei orçamentária, a partir da previsão no seu art. 48, alínea *b*, de que a fixação das cotas trimestrais da despesa levará em consideração a necessidade de manutenção do equilíbrio fiscal.

Ademais, importante lembrar que a Lei de Responsabilidade Fiscal traz o mecanismo da *limitação de empenho* previsto no seu art. 9º ao determinar que, se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. Mas ficam de fora deste mecanismo as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

Desse modo, o *contingenciamento de despesas* consiste no adiamento ou na não realização de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária em função da insuficiência de receitas. Assim, no início de cada ano, o Governo Federal edita um Decreto limitando os valores autorizados na lei orçamentária anual relativos às despesas discricionárias ou não legalmente obrigatórias (investimentos e custeio em geral). O Decreto de Contingenciamento apresenta como anexos limites orçamentários para a movimentação e o empenho de despesas, bem como limites financeiros que impedem pagamento de despesas empenhadas e inscritas em restos a pagar, inclusive de anos anteriores. Tal expediente é adotado para a consecução de metas de ajuste fiscal, adequando-se a execução da despesa ao fluxo de caixa do Tesouro.

Portanto, inegável afirmar que há efetivamente uma parcela do orçamento público que pode não ser executada, sofrendo contingenciamentos a critério do Poder Executivo, especialmente diante do descumprimento de metas fiscais, de eventual desequilíbrio orçamentário por força de uma menor arrecadação, ou devido a uma alteração de prioridades nos investimentos ou no planejamento, cabendo ao administrador público esta avaliação.

Entretanto, destaque-se que, como as despesas *obrigatórias* – constitucionais e legais – não são contingenciáveis, quanto a essa parte podemos dizer que sempre se tratou de orçamento impositivo, restando denominar de orçamento autorizativo a sua parcela discricionária ou facultativa. É, aliás, o que esclarece Edilberto Carlos Pontes Lima<sup>7</sup>:

*Há que se ressaltar que a maior parte do orçamento público já é de execução obrigatória, como as despesas com pessoal, com benefícios previdenciários, com transferências a estados e municípios, com pagamento de juros e amortização da dívida pública. Mesmo a ampla maioria das despesas de custeio é de execução obrigatória, já que não há como se deixar de pagar as contas de água, de luz, de serviços de limpeza, entre outras, inerentes ao funcionamento da máquina pública. Resta, portanto, parte do custeio, principalmente o referente a novos programas ou expansão dos existentes e o investimento público, em que há uma discricionariedade relativa, pois muitos projetos dependem de investimentos realizados ao longo de vários anos, tornando muito difícil interrompê-los.*

A partir desta realidade, este autor analisa diferentes versões para um orçamento impositivo<sup>8</sup>:

*Numa versão extrema, trata-se de obrigar o governo a executar integralmente a programação orçamentária definida pelo Congresso Nacional. Numa versão intermediária, para a não-execução de parte da programação, exige-se a anuência do Congresso. Versões mais flexíveis determinam a obrigatoriedade de implementar apenas parte do orçamento, deixando alguma margem para o Executivo decidir sobre a implementação ou não. O modelo extremo é improvável, pois, segundo esse modelo, quem detém o poder de autorizar que determinado gasto seja realizado – o Congresso – não detém o poder de autorizar que ele não seja mais feito. A versão intermediária, seguida pelos Estados Unidos desde meados dos anos 1970, parece a mais razoável e permite alguma flexibilidade orçamentária. [...] Um caso ainda menos rígido é a situação que autorizaria o Executivo a não realizar determinadas despesas sempre que fatos supervenientes ocorressem. Caberia ao executor apenas explicar ao Congresso a razão de não ter executado certos créditos incluídos no orçamento. O modelo poderia permitir que o Congresso pudesse impor algum tipo de sanção ao Poder Executivo desde que não se convencesse da real necessidade de anular a despesa prevista.*

Por sua vez, abraçando o caráter impositivo do orçamento, Adilson de Abreu Dallari<sup>9</sup> assevera:

<sup>7</sup> LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas Observações sobre Orçamento Impositivo. **Planejamento e Políticas Públicas – PPP**, n. 26, jun./dez. 2003. p. 5.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 6.

*o orçamento-programa, que é elaborado em função de objetivos e metas a serem atingidas, de projetos e programas a serem executados, dos quais as dotações são a mera representação numérica, não mais pode ser havido como meramente autorizativo, tendo, sim, por determinação constitucional, um caráter impositivo.*

Regis Fernandes de Oliveira<sup>10</sup>, caminhando para a aceitação do orçamento como impositivo, afirma que

*o verbo **fixar**, utilizado para estabelecer as despesas, não se conforma com o sentido pouco estável da mera previsão de despesas. **Fixar** é mais que lançar provisoriamente no rol de gastos. É séria demonstração de reconhecimento de dívida, só ilidida por motivos relevantes e fundados.*

Assim, leciona:

*Em regra, as despesas autorizadas obrigam o administrador, salvo se demonstrar a impossibilidade ou séria inconveniência de sua efetivação. [...]*

*Dessa forma, mais convencidos estamos de que é inviável, diante das premissas assentadas na peça orçamental, que possa o Chefe do Executivo prever receita, para pagamento de serviços públicos essenciais, menor que o valor sabidamente certo que deve satisfazer. Em sendo assim, o orçamento converte-se em lei real e não de mera previsibilidade. [...]*

*Não pode o Chefe do Executivo contingenciá-lo, uma vez que apenas poderá fazê-lo no caso de não haver realização das receitas. Se o montante das receitas equivale ao das despesas previstas, o cumprimento exato do orçamento torna-se obrigatório. Apenas poderá haver o contingenciamento na hipótese de não realização das receitas.*

A propósito, Hely Lopes Meirelles<sup>11</sup> já dizia que “a execução do orçamento é de ser feita com fiel atendimento do que ele dispõe, quer quanto à arrecadação, quer quanto à despesa. Executar é cumprir o determinado”.

Com igual entendimento, para José Marcos Domingues,

*o Poder Executivo, em face da imperatividade da lei emanada do Legislativo, a cujo controle se submete pelo princípio da separação de poderes, não pode pura e simplesmente descumprir a Lei Orçamentária; ao con-*

<sup>9</sup> DALLARI, Dilson de Abreu. Orçamento impositivo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 325.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 589-560.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 569.

*trário, deve pedir fundamentadamente prévia autorização legislativa que corrija eventuais equívocos de estimativa contábil*<sup>12</sup>.

Segundo Francisco Hélio de Souza<sup>13</sup>

*muitos dos que defendem a imposição orçamentária o fazem com base principalmente na experiência norte-americana, por ser uma República Federativa, com regime presidencialista, tal qual o brasileiro. Enumeram as duas figuras de que se pode valer o Chefe do Poder Executivo para deixar de executar determinadas programações: o **deferral** e o **rescission**. No caso do **deferral**, o presidente pode solicitar que dotações aprovadas pelo Congresso sejam tornadas indisponíveis para comprometimento por determinado período de tempo. É algo parecido com o nosso contingenciamento, com a marcante diferença de que, lá, quem na verdade contingencia é o Congresso, quando aprova a solicitação do presidente. Pelo **rescission**, o chefe do Poder Executivo propõe ao Congresso o cancelamento – total ou parcial – de dotações incluídas no orçamento, que se tornaram desnecessárias para o atingimento de certos objetivos ou para viabilização de programas.*

Mesmo que pequena parcela do orçamento público federal nos dias de hoje ainda seja objeto de despesas discricionárias (menos de 20%) – e, por isso, parcela dita autorizativa e não impositiva –, o poder deliberativo sobre ela sempre foi de grande interesse do Poder Legislativo, mormente em um país que adota o modelo presidencialista de coalizão, em que o jogo de negociação entre o Governo Central e os representantes dos entes subnacionais no Legislativo é constante, sendo que esta fatia das despesas orçamentárias acaba utilizada como “moeda de troca”.

Muitas propostas surgem a todo o instante no sentido de se tornar impositivo o orçamento público no Brasil, fazendo com que o Estado esteja obrigado a realizar, no todo ou em parte, suas previsões discricionárias. Já houve proposta (PEC 22/00) de modificar a Constituição no sentido de se tornar obrigatória a programação total constante na lei orçamentária anual, com a inclusão da seguinte proposta de dispositivo: “Art. 165-A. A programação constante da lei orçamentária anual é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pelo Congresso Nacional, solicitação, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, para cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, de dotação”.

<sup>12</sup> DOMINGUES, José Marcos. Contribuições sociais, o desvio de finalidade e a dita reforma da previdência social brasileira. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 108, São Paulo, set. 2004. p. 341.

<sup>13</sup> SOUSA, Francisco Hélio de. *O Caráter Impositivo da Lei Orçamentária Anual e seus Efeitos no Sistema de Planejamento Orçamentário*. Brasília: ESAF, 2008. p. 41.

Entretanto, recentemente, a PEC 358/13, denominada “PEC do Orçamento Impositivo”, deu origem à Emenda Constitucional 86/15, que alterou os arts. 165, 166 e 198 da Constituição e incluiu no art. 166 o novo § 9º, estabelecendo que “*as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de um inteiro e dois décimos por cento da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde*”; e o § 11 fixou ser “*obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo, em montante correspondente a um inteiro e dois décimos por cento da receita corrente líquida realizada no exercício anterior*”. Deixou-se, entretanto, uma margem para contingenciamento parcial em caso de não realização da receita estimada e não atingimento da meta de resultado fiscal, ao dispor no § 17 que

*se for verificado que a reestimativa da receita e da despesa poderá resultar no não cumprimento da meta de resultado fiscal estabelecida na lei de diretrizes orçamentárias, o montante previsto no § 11 deste artigo poderá ser reduzido em até a mesma proporção da limitação incidente sobre o conjunto das despesas discricionárias.*

O tema do orçamento impositivo merece algumas reflexões. Primeiro, se, por um lado, essa ideia retiraria a flexibilidade de que o administrador público necessita para conduzir sua atividade, mormente pela impossibilidade fática de identificar e prever com antecedência todas as despesas públicas, por outro, resgataria a credibilidade e a importância do orçamento como documento formal de planejamento do governo, que muitas vezes sofre diante dos recorrentes descumprimentos das suas previsões, chegando a ser considerado, de forma pejorativa, uma simples “carta de intenções”.

Há, ainda, aqueles que criticam o modelo autorizativo do orçamento por entenderem haver uma redução de importância no papel do Poder Legislativo nas questões orçamentárias. Justificam a afirmação ao mencionar que o Poder Executivo, além de possuir o poder de veto no orçamento, pode simplesmente não executar determinadas despesas sem ter de submeter a decisão ao debate.

Outra questão relevante que não se pode perder de vista refere-se ao equilíbrio orçamentário. Se as receitas públicas são apenas prováveis (não são certas e determinadas), já que a arrecadação de recursos financeiros pelo Estado depende de uma série de fatores que podem oscilar em determinados períodos, como se poderia tornar a totalidade da despesa pública obrigatória sem se ter a certeza do seu financiamento? Nesse caso, deve haver um eficiente mecanismo de contingenciamento quando a receita não se realizar exatamente como originariamente prevista.

Outra ponderação que se apresenta é a de que o orçamento impositivo – no modelo parcial ou total –, apesar de possuir elevado valor no processo orçamentário brasileiro, ao ampliar a democracia fiscal por propiciar maior participação dos representantes da sociedade no Poder Legislativo durante a determinação das políticas públicas, no Brasil de hoje, em que prevalece o regime presidencialista de coalizão, veria sua implantação envolvida na superação de uma série de dificuldades políticas a fim de que a aprovação das leis orçamentárias não seja emperrada anualmente, ou não gere um nefasto desequilíbrio fiscal, a partir da prevalência de interesses individuais em detrimento de programas e planos nacionais decorrentes do modelo de federalismo fiscal cooperativo.

Portanto, inegável afirmar que, atualmente, o orçamento público no Brasil é híbrido: parcialmente autorizativo e parcialmente impositivo. Se, por um lado, há despesas que são, por lei ou pela Constituição, obrigatoriamente executáveis, há também uma fatia do orçamento público que pode não ser executada, sofrendo contingenciamento a critério do Poder Executivo, desde que devidamente justificado, seja por alteração no planejamento e nas prioridades, seja por necessidade de equilíbrio fiscal.

A questão que se põe é saber se seria esta parcela não executável suficiente para conferir ao orçamento *como um todo* o rótulo de “meramente autorizativo”. Acreditamos que não. Ao revés, somente poder-se-ia denominar de “orçamento impositivo” se todo ele fosse de execução vinculada e obrigatória. Por isso, entendemos que, em relação à realidade nacional, a utilização indiscriminada das expressões “orçamento impositivo” ou “orçamento autorizativo” traz em si uma impropriedade técnica, já que a generalização na rotulagem não considera esse perfil híbrido e peculiar do orçamento público brasileiro.

### **3 CABIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS**

Um dos relevantes aspectos abordados na decisão monocrática em caráter liminar na ADI 4.663 (relatoria do Min. Luiz Fux) que ora se analisa foi a possibilidade de haver questionamento de lei orçamentária por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou seja, o controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias, restando consignada a posição do relator, acompanhando a evolução jurisprudencial, no sentido de ser:

*admissível a impugnação de lei de diretrizes orçamentárias em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por força da mudança de orientação jurisprudencial operada no julgamento da ADIn 4.048-MC/DF, Rel.*



*Min. Gilmar Mendes e reafirmada especificamente quando da apreciação da medida cautelar na ADIn nº 3.949/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.*

Para compreender o tema, primeiro faz-se importante identificar a natureza jurídica da lei orçamentária. Para alguns, trata-se de uma lei meramente *formal*, uma vez que, apesar de se submeter ao processo formal de aprovação de leis pelo Congresso Nacional<sup>14</sup>, não cria direitos subjetivos nem contém disposições genéricas e abstratas como aquelas das demais leis, mas apenas a previsão de receitas públicas e a autorização das despesas<sup>15</sup>. Entretanto, doutrina e jurisprudência atual majoritárias entendem tratar-se de lei em sentido *material*, de conteúdo concreto, já que contempla um plano de governo a ser cumprido, principalmente quanto aos gastos e aplicações de recursos, destacando-se, inclusive, que os atos que dela derivam são controlados por normas de responsabilidade em caso de descumprimento. Finalmente, há uma terceira linha de entendimento minoritário, que entende tratar-se essencialmente de um *ato administrativo*, já que seria mero instrumento de arrecadação, gestão e aplicação de recursos financeiros.

Diante desse quadro, o STF<sup>16</sup> vinha entendendo que, devido a seu conteúdo político e não normativo (como a destinação de recursos ou a vinculação de verbas a programas de governo), o orçamento consubstanciaria um ato de efeito concreto, específico e de caráter individual, e não dotado, como a generalidade das leis, de efeitos abstratos, genéricos e impessoais, sendo desprovido da necessária densidade normativa que os preceitos legais em regra possuem. Por isso, não seria cabível o questionamento pela via abstrata, já que aquela Corte compreendia que só seria admissível ação direta

<sup>14</sup> Embora alguns sustentem tratar-se de lei *especial* ou *sui generis*, pois apresenta prazos de encaminhamento e votação específicos e distintos das demais leis ordinárias, bem como limitações específicas em relação ao conteúdo sobre o qual pode versar.

<sup>15</sup> Para esta posição, ver TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 177.

<sup>16</sup> STF – ADI-MC 2057/AP. Amapá. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. em 09.12.1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 0456, de 23.07.1999, do Estado do Amapá (diretrizes orçamentárias). Emenda parlamentar a Projeto de Lei, modificativa dos percentuais propostos pelo Governador, sem alterar os valores globais da proposta. Ato de efeito concreto. Inviabilidade do controle abstrato de constitucionalidade. 1. Constitui ato de natureza concreta a emenda parlamentar que encerra tão somente destinação de percentuais orçamentários, visto que destituída de qualquer carga de abstração e de enunciado normativo. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que só é admissível ação direta de inconstitucionalidade contra ato dotado de abstração, generalidade e impessoalidade. 3. A emenda parlamentar de reajuste de percentuais em projeto de lei de diretrizes orçamentárias, que implique transferência de recursos entre os Poderes do Estado, tipifica ato de efeito concreto a inviabilizar o controle abstrato. 4. Ação direta não conhecida.

de inconstitucionalidade contra ato dotado de abstração, generalidade e impessoalidade<sup>17</sup>.

Entretanto, tem-se encontrado em recentes manifestações daquela Suprema Corte o entendimento de ser possível submeter as leis orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Estaria havendo, assim, um processo de revisão de jurisprudência, em que se tem afirmado que:

*O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto.* (ADI 4.048-MC, Min. Gilmar Mendes)

Na mesma linha de entendimento, para o Min. Carlos Ayres Britto (ADI 4.049-MC):

*A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal*<sup>18</sup>.

Por sua vez, no julgamento da ADI 3.949, o Min. Gilmar Mendes reconheceu que “*a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas*” e, com base em precedentes, como aquele firmado na ADI 2.925, em que se acolheu a preliminar de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária, manifesta o seu entendimento no sentido de que “*essa nova orientação é mais adequada porque, ao permitir o controle de legitimidade no âmbito da legislação ordinária, garante a efetiva concretização da ordem constitucional*”.

Assim, parece-nos restar superado o entendimento do STF no sentido do não cabimento do controle abstrato de constitucionalidade das leis orçamentárias devido ao seu suposto conteúdo político e não normativo, baseado no entendimento de serem tais normas atos de efeito concreto, específico e de caráter individual, e não dotadas, como a generalidade das leis, de

<sup>17</sup> STF: Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. (ADI 2.484-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento 19.12.2001, DJ de 14.11.2003).

<sup>18</sup> Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade: ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.05.2008, Plenário, DJE de 22.08.2008. No mesmo sentido: ADI 3.949-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.08.2008, Plenário, DJE de 07.08.2009; ADI 4.426. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.02.2011, Plenário, DJE de 18.05.2011.

efeitos abstratos, genéricos e impessoais, desprovidas da necessária densidade normativa que os preceitos legais em regra possuem.

Portanto, alinha-se a doutrina mais moderna com a jurisprudência brasileira recente, para caminharem no sentido de reconhecer ao orçamento público seu conteúdo material e conferir a força impositiva que lhe é inerente no Estado Democrático de Direito. Aliás, com propriedade já afirmava José Marcos Domingues que “*é preciso superar a teoria do orçamento-lei-formal, que não se compadece com o atual estágio da democracia no mundo e no País*”<sup>19</sup>.

#### 4 A VINCULAÇÃO DAS LEIS ORÇAMENTÁRIAS NA ADI 4663

Dentre os inúmeros questionamentos apresentados na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.663, no sentido de que o Poder Legislativo estadual (de Rondônia), ao emendar o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias nos dispositivos assinalados, teria incorrido em diversas violações à Constituição Federal, cabe o destaque, dentro do presente estudo, da questão suscitada no item “V” abaixo transcrito:

*(v) ao substituir a previsão original do montante de R\$ 24.000.000,00 para emendas parlamentares individuais e de R\$ 24.000.000,00 para emendas parlamentares de bloco ou bancada por, respectivamente, R\$ 54.000.000,00 e R\$ 54.000.000,00, em suposta desarmonia com o plano plurianual, e, além disso, ao determinar que tais emendas “serão de execução obrigatória” (art. 22, caput e parágrafo único, do Diploma impugnado), incorrendo em ofensa igualmente aos arts. 63, I, e 166, §§ 1º, 3º e 4º, da Constituição Federal.*

Tratava-se neste item da violação ao dever de planejamento e programação na atividade financeira do Estado, pela “*frustração da teleologia subjacente ao plano plurianual e à lei de diretrizes orçamentárias, com a chancela de uma espécie de **renúncia de planejamento** em prol de regime de preferência absoluta das decisões do Legislativo*”, ao conceder regime de obrigatória execução tão somente às emendas parlamentares ao orçamento, uma vez que a força vinculante *prima facie* das normas orçamentárias não toleraria a concessão de regime formalmente distinto *exclusivamente* às emendas parlamentares.

---

<sup>19</sup> DOMINGUES, José Marcos. Contribuições sociais, o desvio de finalidade e a dita reforma da previdência social brasileira. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 108, São Paulo, set. 2004. p. 321.

Para enfrentar a questão, o relator Ministro Luiz Fux inicia sua decisão monocrática brindando-nos com uma verdadeira aula de Direito Financeiro, analisando as funções e relacionamento da tríade orçamentária (lei orçamentária anual, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual) na consecução do princípio da programação fiscal<sup>20</sup>, ressaltando-se em sua fundamentação “*o prestígio ao planejamento no âmbito financeiro e administrativo, indispensável à concretização das políticas públicas por um Estado que se quer pautado pelos princípios da eficiência e da economicidade*”<sup>21</sup>. Merecem realce os seguintes trechos da decisão:

*A controvérsia dos autos reclama a análise do papel desempenhado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias na Constituição Federal de 1988. Como se sabe, o sistema orçamentário constitucional estabelece o convívio harmonioso de três diplomas legislativos da mais alta significação, todos de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (CF, Art. 165, caput e incs. I a III): (i) o plano plurianual, (ii) a lei de diretrizes orçamentárias e (iii) a lei orçamentária anual. O fio condutor que une teleologicamente tais atos normativos, e que inspirou o constituinte de 1988 notadamente à luz do exemplo alemão (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78. v. V), consiste na busca pelo **planejamento** e pela **programação** na atividade financeira do Estado, de modo a concretizar os princípios da economicidade e da eficiência na obtenção de receitas e na realização das despesas públicas, indispensáveis à satisfação dos interesses sociais por uma Administração Pública guiada pelo moderno paradigma do **resultado** (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno – legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 123 e ss.).*

*Assim, previu o constituinte, em primeiro lugar, a necessidade de edição de um plano plurianual, com vigência de quatro anos não coincidente com o mandato presidencial (ADCT, art. 35, § 2º, I), no qual devem ser estabelecidas as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º).*

<sup>20</sup> O princípio orçamentário da programação revela o atributo de instrumento de gestão que o orçamento possui, devendo apresentar programaticamente o plano de ação do governo para o período a que se refere, integrando, de modo harmônico, as previsões da lei orçamentária, da lei do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. Este princípio, também denominado de *princípio do planejamento*, revela as diretrizes, metas e prioridades da Administração Pública, inclusive os programas de duração continuada. (ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 273).

<sup>21</sup> SOKAL, Guilherme Jales. ADI n. 4.663-MC (Rel. Min. Luiz Fux). LDO, eficácia das normas orçamentárias e separação de poderes. In: FUX, Luiz (Coord.). **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 418.

*A busca pelo planejamento é concretizada, na sequência, pela edição da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, observando-se o prazo para devolução do respectivo projeto, pelo Legislativo, à sanção, fixado no art. 35, § 2º, II, do ADCT, tem por função precípua – mas não única, ressalte-se – orientar a elaboração da lei orçamentária anual. Deve, para tanto, compreender as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, dispondo sobre as alterações na legislação tributária e estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, Art. 165, § 2º). Paralelamente, também cabe à referida espécie normativa o papel enunciado pelo art. 169, § 1º, II, da Constituição, que condiciona a criação de determinadas despesas da Administração Pública à “**autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias**”. Foi com base nesse pano de fundo, portanto, que esta Suprema Corte assentou, no julgamento da Questão de Ordem na ADIn nº 612/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, que a Lei de Diretrizes Orçamentárias “**constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro**”. (...)*

*Por fim, o complexo sistema orçamentário da Constituição Federal de 1988 é encerrado com a lei orçamentária anual, que deve compreender, sempre em estrita consonância com o plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (CF, art. 165, § 7º), as vertentes do orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, incs. I a III), acompanhados de “**demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia**” (CF, art. 165, § 6º).*

Dando seguimento na análise do artigo da lei impugnada que garantia a “*aplicação dos recursos das emendas parlamentares ao orçamento estadual, das quais, os seus objetivos passam a integrar as metas e prioridades estabelecidas nesta Lei*” (inc. XVII do art. 3º da Lei de Diretrizes Orçamentárias de Rondônia – Lei 2.507/11), e entendendo que o dispositivo padeceria de inconstitucionalidade à luz do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º) e da teleologia que inspira o art. 165, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, assim se pronunciou o relator:

*Neste cenário, tolerar, como faz a Lei do Estado de Rondônia, que o Poder Legislativo simplesmente afirme que qualquer decisão casuística que venha a ser por ele tomada, no futuro, ao tempo da deliberação sobre as emendas ao projeto de Lei Orçamentária anual, seja tocada, automaticamente, pelo regime especial das “**metas e prioridades da Administração Pública**” representaria, em última análise, a frustração do propósito da Constituição, esvaziando as regras dos §§ 1º e 2º do art. 165 do texto constitucional com a chancela de uma espécie de **renúncia de planejamento**, em prol de regime de preferência absoluta das decisões do Legislativo.*

A partir deste ponto, o relator ingressa na análise da força vinculante das leis orçamentárias, apontando em suas sábias palavras que “*todas as normas previstas na versão promulgada da lei orçamentária anual, sejam elas emanadas da proposta do Poder Executivo ou de emenda apresentada pelo Poder Legislativo, devem ser observadas com o mesmo grau de vinculação pela Administração Pública*”.

A relativa impositividade orçamentária, como forma de reduzir o incontrastável arbítrio do Poder Executivo, fundada nos princípios da Separação de Poderes (CF, art. 2º), da legalidade orçamentária (CF, art. 165, *caput* e inc. I a III) e da democracia (CF, art. 1º, *caput*), é tratada pelo Ministro Luiz Fux a partir da doutrina de Eduardo Mendonça<sup>22</sup>, em obra que corresponde à dissertação defendida no Programa de Mestrado em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) sob a orientação do Professor Luís Roberto Barroso, conforme os seguintes trechos:

*A tese de que o orçamento é meramente autorizativo – que não decorre expressamente de nenhum enunciado normativo – faz com que o Poder Executivo possa liberar as verbas previstas na medida da sua discricção. Algumas despesas são tidas como obrigatórias, mas não por estarem no orçamento, e sim por decorrerem da Constituição ou de outras leis. As decisões efetivamente produzidas no orçamento não decidem de fato, admitindo-se que o Executivo possa redecidir tudo e seguir uma pauta própria de prioridades. E tudo isso sem nem mesmo estar obrigado a motivar as novas escolhas. (...) Assim, o que o orçamento autorizativo permite, na prática, é a inércia. (...) Não se justifica que o Presidente tenha um poder imperial nessa matéria, redefinindo prioridades de forma monocrática e imotivada.*

*(...) o orçamento deve ser vinculante, em alguma medida. Não se deve assumir como corriqueiro que as decisões produzidas possam ser simplesmente ignoradas, sem qualquer procedimento formal. Nesse ponto, duas modalidades de vinculação foram apresentadas. A primeira é a que se entende verdadeiramente devida, decorrente dos princípios constitucionais analisados. Por isso foi denominada de **vinculação autêntica**. A segunda consiste apenas no dever de motivar eventuais desvios da rota planejada, uma obrigação de dar satisfações sobre os motivos que justificariam a decisão. Foi denominada **vinculação mínima**. Cabe fazer uma nota sobre cada uma delas.*

*i) **vinculação autêntica**: cuida-se da vinculação *stricto sensu*. O orçamento aprovado deve ser tratado como a generalidade dos atos do Poder Público, com presunção de imperatividade. Modificações serão possíveis por meio de créditos adicionais, tal como já ocorre atual-*

---

<sup>22</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil – devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 392-397.

mente. Inclusive por meio de créditos suplementares, que muitas vezes podem ser abertos por decisão autônoma do Presidente. A única prerrogativa que desapareceria seria o **poder de não agir**, a inércia referida acima. (...)

**ii) vinculação mínima:** cuida-se aqui do mínimo do mínimo, apenas o dever de motivar o descumprimento da previsão inicial. A rigor, sequer se trata de verdadeira vinculação, salvo por exigir que o administrador leve em conta a decisão orçamentária e forneça motivos para a sua superação. Com isso, evita-se, ao menos, que o contingenciamento passe despercebido, obrigando o administrador a assumir formalmente uma posição e sustentá-la no espaço público. Como se sabe, a exigência de motivação encontra amparo em diversos dispositivos constitucionais e legais. (...)

Por meio de uma vinculação autêntica, ou mesmo pela vinculação mínima a que se acaba de descrever, o processo deliberativo orçamentário seria convertido em verdadeiro momento decisório, criando-se um novo e privilegiado espaço de controle social do Poder Público, sem prejuízo das demais implicações referidas ao longo do trabalho. O orçamento deveria funcionar como uma pauta de prioridades, definida de forma deliberativa e com ampla publicidade. No entanto, como não é vinculante nem mesmo **a priori**, o resultado é exatamente o oposto. O orçamento se converte na saída fácil: uma forma de manter na pauta decisória formal e até de dar tratamento supostamente privilegiado a questões que não poderiam ser simplesmente esquecidas – como diversas necessidades sociais prementes –, sem, contudo, assumir compromissos reais. Cria-se uma pauta simbólica de prioridades, que acaba falseando o processo político. Tal constatação já bastaria para se pensar em levar a sério o orçamento público e sua execução.

É a partir desta linha de compreensão sobre a impositividade parcial do orçamento que afirma o relator “reconhecer ao menos a denominada vinculação mínima das normas orçamentárias, capaz de impor um dever *prima facie* de acatamento, ressalvada a motivação administrativa que justifique o descumprimento com amparo na razoabilidade”. Assim, acolheu o vício de inconstitucionalidade material do art. 3º, inc. XVII, da LDO de Rondônia, por violar o princípio da Separação de Poderes ao definir modalidade diversa de execução orçamentária exclusivamente às normas derivadas de emendas dos membros do Legislativo<sup>23</sup>, subvertendo a teleologia que informa os §§ 1º e 2º do art. 165 da Constituição com a chancela de uma espécie de renúncia de planejamento em prol de regime de preferência absoluta das decisões do Legislativo.

Por sua vez, nos debates durante o julgamento no Plenário, o Ministro Marco Aurélio Mello declara expressamente acompanhar o relator no

<sup>23</sup> SOKAL, Guilherme Jales. *Op. cit.* p. 419.

entendimento de que o orçamento não seria simplesmente autorizativo, devendo o Executivo justificar por que não destina os valores à finalidade versada no orçamento, sob pena de a lei orçamentária tomar contornos de “faz de conta”. Ao final, arremata com as seguintes palavras:

*é bom que se proclame e que o Supremo venha a adotar posição definitiva a respeito – que o orçamento não é algo simplesmente formal, lírico, ficando à discrição do Poder Executivo observar, ou não, as políticas públicas nele previstas em termos de aplicação de recursos. Ou seja, se o Executivo deixar de aplicar, na política pública específica prevista no orçamento, certo valor, terá que dizer por que o estará fazendo. E a motivação, sabemos, no campo administrativo, é importantíssima, viabilizando a eficiência e o acompanhamento dos atos pelos cidadãos em geral, pelos contribuintes.*

## 5 CONCLUSÕES

Há algum tempo já tenho me manifestado no sentido da vinculação da elaboração e execução das leis orçamentárias aos preceitos constitucionais, mais especialmente em relação aos direitos humanos fundamentais e direitos sociais, uma vez que dotadas de um caráter diretivo-vinculante ao administrador público.

Apesar de ser efetivamente privativa a competência do Poder Executivo para deliberar sobre a alocação das receitas públicas nas despesas públicas que entender mais convenientes, a nosso ver, este deverá seguir uma ordem de prioridades, já que suas escolhas deverão se pautar pelos objetivos estabelecidos na Constituição e pelos valores consignados ao longo de seu texto. Afinal, como preconizava Rui Barbosa<sup>24</sup>, a Constituição não contém meros conselhos, avisos ou lições, já que todas as suas previsões são dotadas de força imperativa de regras.

Assim, as leis orçamentárias não podem desconsiderar a preponderância de certas despesas, como saúde e educação, e minimizar os recursos a ela direcionados em face de outros gastos de menor casta valorativa, ou mesmo diante de contingenciamentos financeiros.

Daí porque tenho afirmado aqui e alhures que o orçamento público não é pautado primordialmente por deliberações de natureza política e discricionária, mas sim por diretivas constitucionais, sendo impositivo na elaboração e na execução.

---

<sup>24</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 489.



## 6 REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.
- CÂMARA, Maurício Paz Saraiva. **Uma análise sobre algumas causas da rigidez orçamentária após a Constituição de 1988**. Monografia (Especialização) – Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), do Senado Federal, Curso de Especialização em Orçamento Público, Brasília, 2008.
- DALLARI, Dilson de Abreu. Orçamento impositivo. *In*: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DOMINGUES, José Marcos. Contribuições sociais, o desvio de finalidade e a dita reforma da previdência social brasileira. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 108, São Paulo, setembro 2004.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas Observações sobre Orçamento Impositivo. **Planejamento e Políticas Públicas – PPP**, n. 26, jun./dez. 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil – devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- \_\_\_\_\_. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (Coord.). **Direitos Sociais**. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SOKAL, Guilherme Jales. ADI n. 4.663-MC (Rel. Min. Luiz Fux). LDO, eficácia das normas orçamentárias e separação de poderes. *In*: FUX, Luiz (Coord.). **Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUSA, Francisco Hélio de. **O Caráter Impositivo da Lei Orçamentária Anual e seus Efeitos no Sistema de Planejamento Orçamentário**. Brasília: ESAF, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.



# A INFLUÊNCIA DA DECISÃO DAS ADI'S 3.457 E 4.425 NA CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA: A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/99 E O TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Marcus Lívio Gomes<sup>1</sup> / Victor Benigno Porto<sup>2</sup> / Abhner Youssif Mota Arabi<sup>3</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2 O Sistema de Precatórios e a Emenda Constitucional 62/09 e o julgamento das ADI's 4.357 e 4.425; 3. O Regime de Atualização Monetária e Juros Moratórios Incidentes sobre Condenações Judiciais da Fazenda Pública: a Aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 e o Tema 810 da Repercussão Geral (RE 870.947); 4. Conclusão; 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O regime jurídico de direito público – aplicável fundamentalmente às pessoas jurídicas de direito público<sup>4</sup> – acarreta ao poder público algumas prerrogativas, das mais diferentes ordens. No âmbito do chamado direito processual público – ramo do direito processual que se dedica aos casos nos

---

<sup>1</sup> Juiz Auxiliar no Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito Tributário pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Adjunto de Direito Tributário da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

<sup>2</sup> Analista no Supremo Tribunal Federal. Pós-graduado em Direito Público. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

<sup>3</sup> Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Pós-graduado em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

<sup>4</sup> Há algumas exceções a essa regra geral, como a aplicação de algumas prerrogativas típicas desse regime jurídico de direito público à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, apesar de, a rigor, tratar-se de uma pessoa jurídica de direito privado.

quais atuam entes ou órgãos do poder público – algumas dessas prerrogativas revelam-se significativas, como a de prazos processuais dilatados e, especialmente aos fins do presente artigo, a possibilidade de aplicação de um regime específico nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento de quantia certa. Trata-se do regime de precatórios e requisições de pequeno valor (RPV), que tem os primeiros como sua figura mais conhecida, o qual decorre da impenhorabilidade dos bens públicos, como reflexo de sua inalienabilidade e da própria garantia do interesse público.

Esse regime é objeto de tratamento constitucional, especificamente pelo art. 100 do texto vigente, que desde sua edição originária regulamenta a matéria. Entretanto, ao longo da breve história de nossa Constituição, o regime de precatórios foi objeto de sucessivas alterações, dentre as quais a mais polêmica é, por certo, as empreendidas pela Emenda Constitucional 62/09, que alterou o art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e o art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Essa alteração do texto constitucional promoveu diversas mudanças no regime dos precatórios, as quais foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 4.357 e ADI 4.425). Em 2013, o Supremo Tribunal Federal concluiu a apreciação de mérito dos feitos, julgando parcialmente procedentes as ações indicadas.

Imerso nessa temática, o presente artigo pretende se debruçar sobre questão semelhante, mas não exatamente igual – como mais à frente se demonstrará – do que as enfrentadas no julgamento das ADI's acima referidas. Mais especificamente, será abordada a validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09. A relevância da discussão sobreleva-se em razão do iminente julgamento a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal RE 870.947, de relatoria do Min. Luiz Fux, o qual já teve sua repercussão geral reconhecida (tema 810).

Antes, porém, que se adentre exatamente no que restou decidido nas ações diretas de inconstitucionalidade e os seus reflexos no art. 1º-F da Lei 11.960/09, revela-se pertinente uma breve digressão sobre os aspectos do sistema dos precatórios e as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 62/09 mais relevantes à discussão do tema. Aliás, nessa obra coletiva dedicada ao jubileu de prata do eminente Ministro Marco Aurélio de Melo, não seria possível se furtar a uma breve homenagem a tão exaltado magistrado, que eficaz e brilhantemente tem exercido seu mister de elevada importância nacional.

Sobre o tema dos precatórios, inclusive, cumpre lembrar palavras por ele proferidas em seu voto proferido durante o julgamento da ADI

1.098<sup>5</sup>, Tribunal Pleno, DJ de 25.10.1996 – processo que se referia à temática dos precatórios:

*Ao Estado-juiz, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, cumpre, em razão de compromisso maior – e a história é uma cobradora infatigável – zelar pela intangibilidade da ordem jurídico-constitucional, pouco importando que, assim o fazendo, seja incompreendido. É de se ter presentes as palavras de Calamandrei, citado por Edgar de Moura Bittencourt em ‘O Juiz’, segundo as quais há mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que ser injusto para salvarguardar as aparências de justiça. Os incautos, os míopes, os pobres de espírito democrático, não esperem do Supremo Tribunal Federal atitude acomodadora, por mais convidativa que seja a quadra, já que se afigura, na concepção da Carta da República, como o Juiz Maior da Federação, não se lhe sendo opostos óbices ao cumprimento do dever constitucional de assegurar a intangibilidade da ordem jurídica.*

## **2 O SISTEMA DE PRECATÓRIOS E A EMENDA CONSTITUCIONAL 62/09 E O JULGAMENTO DAS ADI’S 4.357 E 4.425.**

A execução por quantia certa contra devedor solvente tem por objetivo a satisfação do crédito do credor e, como regra geral, tem-se que essa satisfação deve se dar pela técnica de expropriação de bens do devedor. Entretanto, diante da impenhorabilidade e inalienabilidade dos bens públicos, como acima já rememorado, essas regras não têm aplicação em relação à Fazenda Pública, pelo que exsurge a necessidade de um regime jurídico de execução próprio.

Desse modo, sempre que há condenação, por provimento judicial transitado em julgado, da Fazenda Pública – Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, – ao pagamento de determinado montante, esse adimplemento deverá ser realizado por meio do regime de precatórios ou pela expedição de requisições de pequeno valor, consoante preconiza o art. 100 da Constituição da República. Esses pagamentos são despendidos pelo erário e, em razão disso, tais recursos públicos devem estar previamente previstos na lei orçamentária, já que, em regra, a despesa pública deve ser precedida de autorização legal, pela obediência ao seu processo legislativo próprio, o que no caso se dá pelas normas orçamentárias.

Nesse contexto, a redação original do art. 100 da Constituição de 1988 estabelecia que o pagamento de débitos cuja origem estivesse em con-

---

<sup>5</sup> ADI 1.098, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, acórdão publicado no DJ de 25.10.1996.

denações judiciais deveria ser feito, de maneira exclusiva, na ordem cronológica em que essas ordens de pagamento fossem apresentadas, excluindo-se os créditos de natureza alimentícia. Essa ressalva constante do texto constitucional não impunha a dispensa da expedição de precatório, mas tão somente estipulava uma preferência de recebimento frente a outros créditos de natureza diversa. Os tribunais superiores, inclusive, consolidaram entendimento nesse sentido, conforme as súmulas 144 e 655 do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, cujo teor abaixo se transcreve:

*Súmula 144/STJ – “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.*

*Súmula 655/STF – “A exceção prevista no art. 100, “caput”, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza”.*

Entretanto, com a superveniência da Emenda Constitucional 62/09 a disciplina original foi modificada, estabelecendo-se uma nova ordem de preferência no pagamento dos débitos do poder público. A partir desse novo ato normativo, a sequência desses pagamentos passou a ser a seguinte: primeiramente, devem ser pagos os créditos alimentares de idosos e portadores de doença grave até o triplo do valor da requisição de pequeno valor (art. 100, §§ 1º e 2º, da CRFB/88); em segundo lugar, os créditos alimentares; e, por último, os créditos ordinários (sem previsão constitucional de preferência, devendo se seguir a ordem cronológica em que emitidos).

No que concerne à incidência de correção monetária sobre os mencionados débitos, tem-se que esta é sempre devida, pois não implica um aumento no *quantum* devido, mas apenas impede que o transcurso do tempo gere o efeito deletério de corrosão do valor do crédito devido pelo poder público. Por isso, o § 5º do art. 100 estabelece, *in fine*, a obrigação de correção do débito a ser pago e, igualmente, evita a necessidade de expedição de precatórios complementares, vedados pelo constituinte no § 8º do art. 100. Nesse contexto, nos termos do § 1º desse dispositivo, o precatório que for apresentado até 1º de julho deve ser pago até o final do exercício financeiro seguinte. A propósito, tratando-se de prazo constitucionalmente estabelecido para esse pagamento, destaca-se que nesse período não incidem juros moratórios, entendimento inclusive consolidado pela súmula vinculante 17 do Supremo Tribunal Federal, veja-se:

*Súmula Vinculante 17 – “Durante o período previsto no § 1º do art. 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”.*

Sobre o tema – ainda nessa formação do contexto geral relevante à fiel compreensão da questão –, o pagamento dos juros moratórios, para parte da doutrina, deve ser feito por meio da expedição de precatório complementar, providência deve ser requerida perante o órgão prolator da sentença, dentro do mesmo processo, sendo despiciendo a proposição de nova demanda, bem como a espera de seu desdobramento processual. Impende aclarar que esse posicionamento não configura burla à vedação constitucional de fracionamento de precatórios, pois o que se veda é o seu fracionamento de forma a se afastarem mecanismos fraudatórios desse regime relativamente cronológico de pagamentos. Desse modo, subsistindo débito após a expedição do precatório e a perfectibilização desse pagamento, deve ser expedido precatório complementar para que restem igualmente quitados os juros de mora, sem que se alegue qualquer inconstitucionalidade em tão provimento.

Outro ponto que urge destacar, e aqui já se aproxima do objeto mais específico do presente artigo, é que o constituinte derivado previu, no § 12 do art. 100 da CRFB/88, o índice a ser adotado para a atualização da correção monetária e a incidência de juros moratórios: o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança. Essa disposição constitucional está umbilicalmente relacionada à redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, objeto do presente estudo, e será analisada à frente.

A Emenda Constitucional 62/09 inseriu, ainda, os §§ 9º e 10 do multicitado dispositivo constitucional, os quais permitiam a compensação entre o valor devido pelo Poder Público, a ser pago por meio do regime ora examinado, e débitos do credor a ser realizado no momento da expedição do precatório. Ademais, o § 15 do mesmo dispositivo permitiu aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios criarem, por meio de leis complementares próprias, um regime especial de precatórios que vincule o pagamento à receita corrente líquida do ente instituidor desse regime. Ao lado desse permissivo, passou a vigorar, também, o art. 97 do ADCT. A ideia principal desse regime especial era albergar todos os precatórios do ente público respectivo, ou seja, tanto os já inadimplidos quanto os que fossem se vencendo no transcurso do período de vigor desse regime, de modo a se substituir o sistema cronológico de inclusão orçamentária de precatórios apresentados até 1º de julho do exercício anterior por um mecanismo de depósito mensal ou anual de determinados percentuais, conforme o caso.

Como se pode perceber por esse breve – porém importante – relato, as modificações introduzidas pela EC 62/09 no art. 100, da CF/88 e no art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estatuíram várias e severas mudanças no regime de precatórios. Essas transformações ensejaram maiores obstáculos para o recebimento dos precatórios pelos credores ao tornarem ainda mais vantajosa a situação da Fazenda Pública e, em

razão disso, parte da doutrina passou a chamar essa mudança legislativa pejorativamente de “Emenda do Calote”, tornando-a, certamente, uma das alterações constitucionais mais polêmicas já havidas.

A referida emenda constitucional, porém, foi impugnada junto ao Supremo Tribunal Federal pela provocação de seu controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pro meio do ajuizamento das ADI’s 4.425 e 4.357. O julgamento de mérito dessas ações foi concluído em 2013, tendo se assentado, resumidamente, que: a) a expressão “*na data de expedição do precatório*” constante no § 2º do art. 100 da CRFB/88 era inconstitucional porque essa delimitação temporal seria violadora do princípio da igualdade e que esta ordem de preferência deveria abranger todos os credores que completassem 60 anos de idade enquanto aguardassem o pagamento de precatório cuja natureza fosse alimentícia; b) são inconstitucionais os §§ 9º e 10 do art. 100 da CRFB/88, em razão do regime de compensação obrigatória estabelecido, por vulnerar o princípio da separação de poderes, violar os postulados do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da coisa julgada, além de estabelecer uma relação de superioridade processual da fazenda pública despida de qualquer razoabilidade; c) é inconstitucional a expressão “*índice oficial de remuneração básica da cadermeta de poupança*”, constante do § 12 do art. 100 da CRFB/88, em razão de se tratar de índice fixado previamente, o qual não reflete a perda inflacionária efetivamente ocorrida em determinado período, e, logicamente, é incapaz de evitar a corrosão do valor do *quantum* devido quando da efetivação do pagamento, violando, em última análise, o próprio instituto da coisa julgada – já que o crédito pago não corresponderia, em razão da inflação, ao valor que seria pago ao credor –; d) não se amolda aos valores consagrados na Constituição a expressão “*independentemente de sua natureza*”, constante do § 12 do art. 100 da CRFB/88, com o objetivo de fixar o entendimento de que, para os precatórios de natureza tributária, os juros de mora incidentes devem ser os mesmos que incidem sobre o crédito tributário; e) o § 15 do art. 100 da CRFB/88 e todo o art. 97 do ADCT são inconstitucionais.

Nessa linha, para o Supremo Tribunal Federal, o regime especial de pagamento, feriria os valores do Estado de Direito, do devido processo legal, do livre e eficaz acesso ao Poder Judiciário, bem como da razoável duração do processo. Pontuou-se, ademais, a violação aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da igualdade e assentou-se que a prestação de serviços públicos não seria incompatível, *per si*, com o sistema de precatórios. Em razão de sua relevância e por bem sintetizar a questão, cita-se a ementa da ADI 4.357, aqui já referenciada:



**Direito constitucional. Regime de execução da fazenda pública mediante precatório. Emenda constitucional 62/09. Inconstitucionalidade formal não configurada. Inexistência de interstício constitucional mínimo entre os dois turnos de votação de emendas à lei maior (cf, art. 60, § 2º). Constitucionalidade da sistemática de “superpreferência” a credores de verbas alimentícias quando idosos ou portadores de doença grave. Respeito à dignidade da pessoa humana e à proporcionalidade. Invalidez jurídico-constitucional da limitação da preferência a idosos que completem 60 (sessenta) anos até a expedição do precatório. Discriminação arbitrária e violação à isonomia (cf, art. 5º, *caput*). Inconstitucionalidade da sistemática de compensação de débitos inscritos em precatórios em proveito exclusivo da fazenda pública. Embaraço à efetividade da jurisdição (cf, art. 5º, XXXV), desrespeito à coisa julgada material (cf, art. 5º XXXVI), ofensa à separação dos poderes (cf, art. 2º) e ultraje à isonomia entre o estado e o particular (cf, art. 1º, *caput*, c/c art. 5º, *caput*). Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade (cf, art. 5º, XXII). Inadequação manifesta entre meios e fins. Inconstitucionalidade da utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos de relações jurídico-tributárias. Discriminação arbitrária e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (cf, art. 5º, *caput*). Inconstitucionalidade do regime especial de pagamento. Ofensa à cláusula constitucional do estado de direito (cf, art. 1º, *caput*), ao princípio da separação de poderes (cf, art. 2º), ao postulado da isonomia (cf, art. 5º, *caput*), à garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (cf, art. 5º, xxxv) e ao direito adquirido e à coisa julgada (cf, art. 5º, xxxvi). Pedido julgado procedente em parte. 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmbito do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional 62/09. 3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, *caput*) entre os ci-**

*dados credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento.* 4. *O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cãnone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput).* 5. *A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).* 6. *A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, § 1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.* 7. *O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquiram o art. 100, § 12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.* 8. *O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).* 9. *Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.*

Após a sessão desse julgamento, o Supremo Tribunal foi provocado a se manifestar sobre a modulação dos efeitos do que restou decidido nessas ADI's, julgamento este que apenas foi finalizado já em 2015, o que mais uma vez demonstra que a questão é ainda atual e de importante discussão. No exame da Questão de Ordem nessas ações, na qual apreciada a questão da modulação dos efeitos da decisão, a Suprema Corte decidiu, em síntese, que: a) o § 15 do art. 100 da CF/88 e o art. 97 do ADCT, os quais versam sobre regime especial de precatórios ainda poderão ser aplicados por mais cinco exercícios financeiros a partir de 01.01.2016, ou seja, perdurará até 2020; b) as compensações obrigatórias já perfectibilizadas até o dia 25.03.2015, dia da sessão de julgamento em que se fixou a modulação, são válidas; não se admitindo, a partir desta data, a realização de compensações obrigatórias, permanecendo possível, até o prazo indicado na alínea anterior, a realização de acordos para a realização de compensações voluntárias entre o Poder Público devedor e o credor do precatório que também possua dívidas com o com aquele; c) os leilões realizados até 25.03.2015 são válidos e, assim como no caso das compensações obrigatórias, a partir dessa data não mais será possível a sua realização; d) os §§ 2º e 10 do art. 97, ADCT, poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios por mais cinco anos a partir de 2016, sendo, portanto, permitida a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios, bem como a aplicação das respectivas sanções aplicáveis na hipótese de liberação intempestiva ou não liberação dos recursos destinados ao adimplemento dessas obrigações; e) no que concerne ao índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, em relação aos Estados e Municípios, a Taxa Referencial (índice da poupança) poderia ser aplicada até 25.03.2015 para a correção monetária do valor do precatório e, em relação à União, tão somente até 31.12.2013. Após essas datas, o índice que deverá ser utilizado para substituir a TR (julgada inconstitucional) variará conforme a natureza do débito da Fazenda Pública: para os precatórios em geral, deve ser aplicado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E; para os precatórios tributários deverão ser observados os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários, portanto, será utilizada a taxa SELIC. Uma vez mais, em razão da controvérsia gerada e da complexidade do tema, veja-se o teor da decisão exarada pela Suprema Corte:

*Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: 1) – modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional 62/09, por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016; 2) – conferir eficácia prospectiva à*

*declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional 62/09, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis 12.919/13 e Lei 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária; 3) – quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: 3.1) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional 62/09, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; 3.2) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado; 4) – durante o período fixado no item 1 acima, ficam mantidas a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT), bem como as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, § 10, do ADCT); 5) – delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório, e 6) – atribuição de competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, e, em menor extensão, a Ministra Rosa Weber, que fixava como marco inicial a data do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Reajustaram seus votos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 25.03.2015.*

Analisadas, portanto, as principais questões relativas ao sistema constitucional de pagamento de precatórios, as alterações que lhe foram promovidas pela Emenda Constitucional 62/09 e as conclusões alcançadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto às principais alegações de inconstitucionalidade dessas modificações, entende-se configurado, resumidamente, o contexto geral necessário à fiel percepção da problemática a seguir introdu-

zida. Vencido esse primeiro passo, cumpre tratar, agora, do regime de atualização monetária e de juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais da fazenda pública (aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09), tema cuja apreciação pelo STF é iminente, conforme assentado no tema 810 da Repercussão Geral.

### **3 O REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA: A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 E O TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL (RE 870.947)**

Apesar da conclusão do julgamento das ADI's 4.357 e 4.425, inclusive quanto à modulação dos efeitos de suas decisões, permanece a discussão no meio jurídico sobre tema bastante semelhante, mas não idêntico: o da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), nos termos em que preconizado pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09. Existem diversos recursos extraordinários, propostos pelas entidades sujeitas ao regime de precatórios, cujo objeto cinge-se unicamente a essa temática (fixação do índice de correção monetária dos precatórios e da condenação), mostrando-se necessária a manifestação pelo Supremo Tribunal Federal, também em sede de repercussão geral, sobre as razões que fundamentaram aquele pronunciamento da Corte, de modo a orientar a aplicação, *in concreto*, a ser realizada nas instâncias inferiores, do que decidido pelo Plenário no julgamento das citadas ações diretas de inconstitucionalidade e preservando sua atuação.

A questão foi suscitada pelo Ministro Luiz Fux nos autos do recurso extraordinário 870.947 (*leading case*), no qual, ao manifestar-se pela existência de repercussão geral do tema, o relator identificou duas questões principais que ensejariam novo pronunciamento da Suprema Corte: a) a fixação de juros moratórios e a redação da Lei 9.494/97; e b) o regime de atualização monetária das condenações impostas à fazenda pública e sua incidência no período de tempo compreendido entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à administração pública, para além da fase executiva (precatório), quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor.

No que concerne ao índice a ser adotado para correção monetária dos débitos da Fazenda Pública a serem pagos sob o regime dos precatórios,

cumpra colacionar o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, *ad litteram*:

**Art. 1º-F.** *Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.*

Cumpra rememorar que, sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI's 4.425 e 4.357, assentou expressa e especificamente o seguinte:

**5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão.** A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). **6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (*ex vi* do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, § 12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.** **7. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquiram o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.** (grifou-se)

Como se percebe, o Plenário da Corte Suprema delimitou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, à “mesma extensão dos itens 5 e 6” da ementa daquele julgado. Em um exame apressado, poder-se-ia entender possível sustentar que o entendimento firmado pela Suprema Corte quanto aos índices de

atualização do débito fazendário deve incidir apenas a partir da inscrição do precatório. Porém, em uma análise mais detida e cuidadosa, nota-se inexistir razoabilidade em se firmar índices de correção distintos para a correção monetária dos débitos fazendários, pois tal entendimento, igualmente, viola o direito de propriedade.

Não se mostra consentâneo com os valores que devem vigorar em um Estado Democrático de Direito a interpretação que confira ao título executivo principal uma atualização de valor inferior àquela adotada em sua forma de execução, no caso, o regime dos precatórios. Entre a condenação e inscrição na ordem cronológica dos precatórios, há um inevitável transcurso de tempo que não se trata propriamente de um período de mora, já que, conforme aqui já assentado, o constituinte estabelece prazo expresso para o adimplemento dessa obrigação e, no mesmo dispositivo, impõe que o mesmo seja atualizado monetariamente. Essa é a redação do § 5º do art. 100 da Constituição Federal, veja-se:

*§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.*

Ao abordar essa questão, na análise da existência de repercussão geral no RE 870.947 o Min. Luiz Fux esclareceu que:

*Ainda que haja coerência, sob a perspectiva material, em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios e condenações judiciais da Fazenda Pública, é certo que o julgamento das ADI's 4.357 e 4.425, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos.*

O debate quanto à correção monetária do *quantum* fixado no juízo condenatório (título judicial) e do precatório inscrito e expedido passa pela concepção desse instituto com parte do direito que se declara em uma determinada condenação contra a fazenda pública, cuja premissa de incidência é a existência de obrigação de pagar dinheiro<sup>6</sup>. A atualização do valor do débito nada mais é do que uma correspondência entre o montante da condenação e o valor que é entregue ao credor no momento do pagamento. Cuida-se, em

---

<sup>6</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional da correção monetária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1996, v. 203. p. 41-58

verdade, de um mecanismo de preservação do valor nominal de um determinado montante em face dos efeitos deletérios e corrosivos do transcurso do tempo sobre o crédito. Nesse sentir, a exteriorização material de uma determinada condenação em pecúnia deve ser preservada *in totum*, de modo a se garantir o seu valor integral e não apenas parcela dele, mormente quando ao credor do débito a ser adimplido não cabe fazer nada além de esperar a chegada da sua vez de receber. Nesse mesmo sentido, e ante a extrema pertinência e acurácia de suas palavras, veja-se fragmento do voto do ministro Ayres Britto quando do julgamento da ADI 4.357:

*[...] E se se coloca assim na aplainada tela da Constituição a imagem de um poder aquisitivo a resguardar, é porque a expressão financeira do bem juridicamente protegido passa a experimentar, com o tempo, uma deterioração ou perda de substância, por efeito, obviamente, do fato econômico genérico a que se dá o nome de “inflação”. Daí porque deixar de assegurar a continuidade desse valor real é, no fim das contas, desequilibrar a equação econômico-financeira entre devedor e credor de uma dada obrigação de pagamento, em desfavor do último.*

Assim, em razão de a expedição do precatório e a condenação não tratarem propriamente de fatos jurídicos diversos, sendo esta antecedente lógico do primeiro, não há razão para que se imponha um duplo regime de correção, devendo o montante da condenação, no momento de seu pagamento, ser corrigido desde a ciência inequívoca dessa obrigação por parte da Fazenda Pública devedora, ou do momento fixado na decisão transitada em julgado. Afinal, após o longo processo de conhecimento o credor do Poder Público tem expectativa de receber o valor judicialmente estabelecido, embora não possua qualquer controle sobre o momento em que essa relação se extinguirá pelo pagamento. Portanto, tendo o Supremo Tribunal Federal fixado o entendimento de que o índice a ser aplicado para correção é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E, por ser esse o que melhor reflete o fenômeno inflacionário, esse mesmo índice deve incidir para corrigir o montante da condenação, sob pena de se vulnerar igualmente o direito de propriedade e a segurança jurídica, na vertente da *res iudicata*. Corroborando essa posição, leia-se a valiosa lição de Gilmar Ferreira Mendes:

*A função do dinheiro enquanto reserva de valor não pode ser desconsiderada pela ordem constitucional, que deve levar em conta, ainda, as diferenças existentes entre esses valores patrimoniais e outros bens móveis ou imóveis. Ao contrário desses bens, o dinheiro não contém um valor autônomo decorrente do valor da posse ou do valor da utilidade que dele se possa auferir (**Besitz-oder Nutzungswert**).*

*Como o significado patrimonial do dinheiro decorre, fundamentalmente, de seu **poder de compra**, torna-se inevitável reconhecer que a garantia*



*constitucional que se pretende assegurar a essas posições patrimoniais há de alcançar necessária e inevitavelmente, esse valor de troca.*

*A admissão do dinheiro e dos créditos em dinheiro no âmbito de proteção da garantia constitucional da propriedade exige que se contemple especificamente a sua natureza peculiar. Não se pode cogitar, aqui, de uma distinção entre substância e utilidade. A garantia do valor de troca outorgada ao dinheiro ou aos créditos em dinheiro corresponde a uma garantia da própria substância<sup>7</sup>.*

Não se cuida, portanto, de hipótese de interpretação ampliativa ou restritiva do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI's 4.425 e 4.357, mas de se conferir interpretação constitucional ao comando legal estatuído no art. 1º-F da Lei 9.494/97. Ainda que se diga que o dispositivo não teve sua integralidade declarada inconstitucional por arrastamento, não se pode chegar ao absurdo de se admitir que, por uma espécie de repristinação tácita, convivam parte da redação do dispositivo antes de sua alteração pela Lei 11.469/09 para o montante da condenação e do regime estabelecido pelo STF para a correção após a inscrição do valor na fila dos precatórios.

Aliás, destaque-se que a redação do dispositivo legal muito se aproxima do dispositivo da Constituição declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

*§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.*

Como exsurge da leitura comparada dos dispositivos, a diferença principal entre ambos é que a norma que foi elaborada com a Emenda Constitucional 62/09 refere-se à “atualização de valores de requisitórios, após sua expedição”, enquanto a redação conferida pelo art. 5º da Lei 11.960/09 ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997 refere-se às “condenações impostas à Fazenda Pública”. Nesse sentido, note-se o que estabeleceu o Supremo Tribunal quanto ao ponto:

*O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, § 12, da CF, ra-*

<sup>7</sup> MENDES. Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rev. Atual. Saraiva: São Paulo, 2013. p. 332.

*ção pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.”*

Ora, os vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, § 12, da Constituição de 1988, não são outros senão a impossibilidade de fixação *ex ante* de índice inflacionário, a inadequação da adoção da TR (porque fixada previamente) para fins de correção monetária, a fragilização do princípio da isonomia, e o desrespeito ao direito de propriedade e ao instituto da coisa julgada. Logo, é indene de dúvidas que desde a formação do título judicial (condenação imposta à Fazenda Pública) deverá incidir o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E (no âmbito estadual desde 25.03.2015 e, antes disso, a TR – índice da poupança – a e, na seara federal, poderia ser aplicada a TR até 31.12.2013, sendo, a partir dessa data, aplicável o IPCA-E).

Ademais, em relação aos precatórios tributários deverão ser observados os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários. Portanto, será utilizada a taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia). Reflete-se, assim, um duplo dever estatal: o de não praticar atos que contribuam para o desenvolvimento da inflação e o de proteger o indivíduo contra a desvalorização da moeda.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que no caso específico dos benefícios da seguridade social fixados por decisão judicial a adoção de índice que reflita com maior precisão o fenômeno inflacionário não se confunde com a hipótese de fixação de benefício sem a necessária estipulação prévia da fonte de custeio em violação ao art. 195, § 5º da Constituição. Ao contrário, atende-se a outro valor de estatura igualmente constitucional, qual seja a irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV).

#### 4 CONCLUSÃO

Expostos os argumentos jurídicos acima elencados, é oportuno que se faça, em conclusão, uma breve análise econômica da questão, nos limites do que se propõe este artigo, sobre o a razão de se adotar o IPCA-E como instrumento apto a definir a correção monetária das condenações impostas à fazenda pública.

Conforme determinação legal (Lei 8.177/91, art. 1º) a Taxa Referencial da poupança deve ser calculada pelo Banco Central do Brasil a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, de depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, de investimentos, múltiplos, caixas econômicas e títulos públicos federais, estaduais e municipais. Nesse sentido, a referida entidade financeira estabelece a forma de cálculo da TR na Resolu-

ção 3.354/06, com as alterações promovidas pela Resolução 4.240/13. O art. 2 da mencionada Resolução dispõe que:

*Art. 2º A TBF e a TR são calculadas a partir da remuneração mensal média dos CDB/RDB emitidos a taxas de mercado prefixadas, com prazo de 30 a 35 dias corridos, inclusive, com base em informações prestadas pelas instituições integrantes da amostra de que trata o art. 1º, na forma a ser determinada pelo Banco Central do Brasil.*

Com efeito, a prefixação dos índices da Taxa Referencial deixa clara a sua inaptidão para espelhar o fenômeno inflacionário de cada período. Percebe-se que se cuida de indexador da economia dotado de forte conotação política, pois na sua elaboração são consideradas amostras das 30 maiores instituições financeiras do País, assim consideradas em função do volume de captação efetuado por meio de certificados e recibos de depósito bancário, com prazo predeterminado, inclusive, e remunerados a taxas prefixadas.

De outro lado, os índices adotados e divulgados por diversas instituições para aferir a inflação (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Fundação Getúlio Vargas - FGV, e Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE, por exemplo) utilizam como parâmetro a variação de preços em um determinado período e têm como pressuposto a sua fixação após o transcurso do espaço de tempo determinado. Desse modo, nota-se uma o traço diferencial de que esses outros índices são calculados após a ocorrência do fenômeno de perda do poder aquisitivo da moeda, apenas quantificando-o. A propósito, veja-se comparativamente a definição desses índices a partir de informações extraídas do portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - *Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor* - Métodos de Cálculo - e no sítio do Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

### ***1. Índice Nacional de Preços ao Consumidos (INPC)***

***Instituição responsável pelo cálculo: IBGE***

***Objetivo: medir as variações de preços da cesta de consumo das populações assalariadas e com baixo rendimento.***

***População-objetivo (grupo populacional de cuja cesta de compras é medida a variação de preços): famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (um) e 5 (cinco) salários-mínimos mensais.***

***Estrutura da ponderação (conjunto de bens e serviços representativos do consumo dos grupos de referência e dos valores de despesa que lhes são associados): Pesquisas de orçamento domiciliar (POF) de 2008-2009, introduzida na formulação do índice a partir de janeiro de 2012.***

***Abrangência geográfica: Regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba,***

Vitória e Porto Alegre, Brasília e municípios de Goiânia e Campo Grande.

**Período de coleta:** dia 01 a 30 do mês de referência.

**Periodicidade de divulgação:** mensal

## **2. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)**

**Instituição responsável pelo cálculo:** IBGE

**Objetivo:** medir as variações de preços referentes ao consumo pessoal.

**População-objetivo (grupo populacional de cuja cesta de compras é medida a variação de preços):** famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (um) e 40 (quarenta) salários-mínimos mensais.

**Estrutura da ponderação (conjunto de bens e serviços representativos do consumo dos grupos de referência e dos valores de despesa que lhes são associados):** Pesquisas de orçamento domiciliar (POF) de 2008-2009, introduzida na formulação do índice a partir de janeiro de 2012.

**Abrangência geográfica:** Regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Vitória e Porto Alegre, Brasília e municípios de Goiânia e Campo Grande.

**Período de coleta:** dia 01 a 30 do mês de referência.

**Periodicidade de divulgação:** mensal

## **3. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo-15 (IPCA-15) e Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)**

**Instituição responsável pelo cálculo:** IBGE

**Estrutura e objetivos:** ambos os índices seguem a metodologia de cálculo do IPCA. O IPCA-15, recebe este nome pois à calculado do dia 15 do mês anterior a 15 do mês de referência. O IPCA-E busca realizar um balanço trimestral da inflação, divulgado ao final de cada trimestre, sendo formado pelas taxas do IPCA-15 de cada mês.

## **4. Índice de Preços aos Consumidor (IPC)**

**Instituição responsável pelo cálculo:** Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

**Objetivo:** referência para avaliação do poder de compra do consumidor.

**População-objetivo (grupo populacional de cuja cesta de compras é medida a variação de preços):** famílias com nível de renda situado entre 1 (um) e 33 (trinta e três) salários mínimos mensais.

**Estrutura da ponderação (conjunto de bens e serviços representativos do consumo dos grupos de referência e dos valores de despesa que lhes são associados):** Pesquisas de orçamento domiciliar (POF) de 2008-2009. Os bens e serviços que integram a amostra são classificados em oito grupos ou classes de despesa, 25 subgrupos, 85 itens e 338 subitens.

**Abrangência geográfica:** São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Porto Alegre e Brasília.

**Período de coleta:** a coleta de preços é realizada diariamente para alimentar o sistema de apuração de sete versões do IPC. IPC Diário, IPC-S, IPC-10, IPC-M, IPC-DI, IPC-3i e IPC-C1.

**Periodicidade de divulgação:** A família de Índices de Preços ao Consumidor da FGV conta com múltiplas periodicidades: mensal, trimestral, quadrimestral e diária.

**Observações:** no sistema de apuração do IPC há também um conjunto de índices especiais, o Índice de Preços ao Consumidor da Terceira Idade (IPC-3i) e o Índice de Preços ao Consumidor Classe 1 (IPC-C1). O primeiro mede a variação de preços de bens e serviços destinados às famílias compostas, majoritariamente, por indivíduos com mais de 60 anos de idade, enquanto o segundo é um indicador mensal que mede a variação de preços de uma cesta de produtos e serviços para famílias com renda entre 1 e 2,5 salários mínimos mensais.

Ademais, como já fortemente aqui defendido, o Supremo Tribunal Federal possui precedente no sentido da inviabilidade de adoção da TR como critério de correção monetária. Veja-se a ementa do que decidido na ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, *verbis*, grifos não originais:

*Ação direta de inconstitucionalidade. – Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. – O disposto no art. 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. – Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no art. 5, XXXVI, da Carta Magna. – Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 18, “caput” e §§ 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei 8.177, de 01.05.1991.*

Por ocasião daquele julgamento, o Ministro Moreira Alves assim afirmou sobre a Taxa Referencial:

*[...] Com efeito, o índice de correção monetária é um número-índice que traduz, o mais aproximadamente possível, a perda do valor de troca da moeda, mediante a comparação, entre os extremos de determinado período, da variação do preço de certos bens (mercadorias, serviços, salários, etc.), para a revisão do pagamento das obrigações que deverá ser feito na medida dessa variação. [...]*

*Como bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é isso que ocorre com a Taxa Referencial (TR), que não é o índice de terminação do valor de troca da moeda, mas, ao contrário, índice que exprime a taxa média ponderada do custo da captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas. A variação dos valores das taxas desse custo prefixado por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, suas necessidade de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esses que nada têm que ver com o custo da captação desta. Na formação desse custo, não entra sequer a desvalorização da moeda (sua perda de valor de troca), que é a já ocorrida, mas – o que é expectativa com os riscos de um verdadeiro jogo – a previsão da desvalorização da moeda que poderá ocorrer.*

Assim, conclui-se que permitir ao Poder Público que se utilize de índice que não reflete a efetiva perda do poder de compra para corrigir o *quantum* da condenação que lhe foi imposta é estimular a inadimplência desse devedor. Isso porque, se adotado tais índices que não refletem a efetiva desvalorização monetária (porque lhe é inferior), quanto mais o tempo passar, menos será devido ao credor, o que finda por estimular a interposição de recursos sem fundamentos adequados e postergando o inevitável trânsito em julgado das ações em que seja réu, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário.

No ponto, saliente-se que não se trata de fixação pelo Poder Judiciário de índice de correção monetária sem previsão legal. Até porque tal conduta ser-lhe-ia vedada, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal federal. Nesse sentido, cita-se o acórdão do RE 509.973 (grifou-se):

**Ementa: agravo regimental em recurso extraordinário. Imposto de renda pessoa jurídica. Contribuição social sobre o lucro líquido. Supressão da correção monetária das demonstrações financeiras. Lei 9.249/95. Ausência de repercussão constitucional imediata. Impossibilidade de fixação de índices pelo judiciário diante da ausência de previsão legal.** A Lei 9.249/95 suprimiu a atualização monetária das demonstrações financeiras para fins de definição da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Nos termos da jurisprudência da Corte, a aferição de eventual distorção da materialidade dos tributos nos termos propostos demandaria o reexame de disposições infraconstitucionais. Ademais, não cabe ao

*Poder Judiciário fixar índice de correção monetária nos casos em que não há previsão legal. Agravo regimental a que se nega provimento*<sup>8</sup>.

Ressalte-se que tampouco se cuida de atuação do Pretório Excelso como legislador positivo. Ao contrário, ao afirmar que o índice adotado para correção de dívida decorrente de condenação pelo poder Público seja um que efetivamente se aproxime e minimize os efeitos deletérios do processo inflacionário estar-se-á preservando uma série de direitos constitucionais, sobresaindo-se o direito de propriedade e a prestação jurisdicional efetiva.

Desse modo, ao se determinar a aplicação do IPCA-E como o índice adequado, o que se faz é preservar um direito que já foi objeto de um processo que tramitou perante o Poder o Judiciário, não havendo impedimento a que o legislador adote de *lege ferenda* outro índice que julgar adequado, desde que adote um que conserve, da melhor maneira possível, a expressão financeira do direito do autor reconhecido em juízo em face da fazenda pública. Conclui-se, assim, que deve ser aplicada a mesma *ratio decidendi* das ADI's 4.357 e 4.425 e declarando-se inconstitucional o critério de atualização dos débitos da Fazenda Pública estabelecido pela Lei 11.960/09. É esse o posicionamento que se espera da Suprema Corte no julgamento do RE 870.947 (tema 810 da repercussão geral). Aguarde-se a decisão do Tribunal.

## 5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal** (1988).

\_\_\_\_\_. **Lei 8.177/91**. Estabelece regras para a desindexação da economia e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 04.03.1991.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.960/09**. Altera a legislação federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 30.06.2009.

\_\_\_\_\_. **Banco Central do Brasil. Resolução 3.354/06**. Texto consolidado. Altera e consolida as normas relativas à metodologia de cálculo da Taxa Básica Financeira - TBF e Taxa Referencial - TR. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 31.06.2006.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. ADI 493**, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 25.06.1992. Diário da Justiça de 04/09/1992.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. ADI 4425**, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 14.03.2013. Diário da Justiça Eletrônico de 19.12.2013.

---

<sup>8</sup> RE 509.973, Rel. Min. Roberto Barroso, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado no DJe de 14.08.2014.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal. RE 509.973-AgR**, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª t., j. em 05.08.2014, Acórdão Eletrônico DJe-162 divulg 21.08.2014 public 22.08.2014). Diário da Justiça Eletrônico de 22.08.2014

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional da correção monetária. **Revista de Direito Administrativo**, v. 203, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1996.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Juspodvm. Salvador, 2012, v. 5.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rev. Atual. Saraiva: São Paulo, 2013.

JUSTEN Filho. Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do poder público: (precatórios e requisições de pequeno valor). *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS. Ives Gandra da Silva Martins. **Tratado de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 312-339.

SPALDING. Mauro. **Execução contra a fazenda pública federal (por quantia certa)**: atualizado de acordo com a Lei 11.232, de 22.12.2005 e com as resoluções CJF 438/05 e 439/05. Curitiba: Juruá, 2012.



# A POLÍTICA DESONERATIVA DA UNIÃO E O IMPACTO NO ORÇAMENTO DOS ENTES SUBNACIONAIS (TEMA 653 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 705.423)

*Maria de Fátima Ribeiro<sup>1</sup>*

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Considerações sobre o Tema 653 da Repercussão Geral – RE 705.423; 3. Autonomia Municipal e o Federalismo Fiscal Brasileiro; 4. Concessão de Incentivos Fiscais pela União e os Reflexos nos Valores Repassados ao Fundo de Participação dos Municípios – FMP; 5. Competência Tributária e as Limitações Constitucionais para a Concessão de Incentivos Fiscais; 6 Considerações Finais; 7. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante a crise econômica que assumiu dimensões globais desde 2008, os sistemas contemporâneos, muitas vezes editam medidas tributárias interventivas, fundamentando uma política fiscal de desoneração no Brasil. Tais medidas, embora em um primeiro momento, representam uma diminuição da receita pública da União, considerando os incentivos fiscais, consequentemente ocorre a diminuição também nos repasses dos percentuais da arrecadação tributária para os Estados e para os Municípios, conforme determina a Constituição Federal.

Nesse sentido, pode ser observado até que ponto o Sistema Tributário brasileiro permite a alteração da política fiscal para intervenção no setor econômico? Por meio da política extrafiscal, o legislador, poderá estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade, por meio de uma tributação regressiva, progressiva ou isentiva. É ponto pacífico, que cabe à política tributária se ocupar do planejamento e análise dos tributos que devem ser instituídos e cobrados, e, determinar que eles devam

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP, Pós-doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa, Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – SP.

ser instrumentos indicados para alcançar a arrecadação preconizada pela política financeira, sem contrariar os objetivos maiores da política econômica e social que orientam o destino do país.

Com isso, as desonerações fiscais concedidas, destinadas a setores produtivos específicos e a faixas de renda com capacidade de consumo, desde 2008, embora tenham gerado elevadas renúncias de receitas tributárias de alguns impostos federais, contribuíram decisivamente para a diminuição dos efeitos negativos da crise no Brasil. A redução do preço final ao consumidor, em decorrência da aplicação de alíquotas menores do IPI (até zero), ocasionou um incremento nas vendas e, por conseguinte, na produção, evitando quedas acentuadas no nível de emprego. (ASSUNÇÃO, 2010)

A política de incentivos fiscais implementada no Brasil pela União e por diversos Estados da Federação, com ou sem adequação às normas do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária vem demonstrando a preocupação dos municípios sobre o repasse do produto da arrecadação de tributos quanto às transferências obrigatórias.

A concessão de incentivos fiscais pela União, especialmente isenções de IPI e do Imposto sobre a Renda, tem gerado polêmica. Isto porque 22,5% do produto da arrecadação de tais impostos, conforme determina o art. 159, inc. I, alínea “b”, da Constituição Federal, são destinados ao Fundo de Participação dos Municípios, ou seja, pertencem a estes.

A União tem a competência para legislar e também para conceder isenção do IPI e do Imposto de Renda conforme estabelece a Constituição Federal (art. 153). No entanto, o poder do Estado de desonerar é amplo, mas não ilimitado, sujeitando-se às diretrizes normativas e aos valores contidos no texto constitucional, que dão os contornos das normas tributárias.

Diante dos questionamentos previstos no RE 705.423, é necessário verificar se há limites para a União isentar os tributos de sua competência. De igual modo, quais são as garantias constitucionais para o Município exigir o cumprimento por parte da União quanto ao repasse do Fundo de Participação do Município. O Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, ao entender pela repercussão geral do recurso (Tema 653 da Repercussão Geral. RE 705.423, j. em 10.05.2013. Publicado no DJe de 27.05.2013), considerou que a discussão é de extrema importância do ponto de vista econômico, jurídico e político. Ao delimitar seu alcance constitucional, o Relator manifestou-se no sentido de que *a questão constitucional versada neste recurso consiste em definir, sob o prisma constitucional, até que ponto a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto Sobre Produtos Industrializados pode impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação daqueles tributos.*

O tema em questão precisa ser amplamente discutido por afetar diretamente o pacto federativo, a autonomia financeira dos Municípios e a competência tributária da União e porque a presente discussão interessa a todos os Municípios do país, haja vista a identidade de critérios de repartição das receitas federais aos Municípios.

Daí questionar: até que ponto a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto Sobre Produtos Industrializados pode impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação desses tributos?

Recebemos com muita honra o convite para participar desta obra em homenagem aos 25 anos de atuação no Supremo Tribunal Federal do Ministro Marco Aurélio de Mello, que participou dos mais diversos processos históricos e emblemáticos. Seus escritos são fontes valiosas para os estudos do Direito. Muitos de seus votos tornaram-se diretrizes jurisprudenciais na Suprema Corte brasileira.

Trata-se de justa homenagem para este dedicado defensor do Estado Democrático do Direito que certamente enfrentará outros temas polêmicos com suas marcantes posições.

Dedicamos o presente estudo ao Ministro pela seriedade com que tem atuado em sua trajetória no STF, marcando o Jubileu de Prata em 2015.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA 653 DA REPERCUSSÃO GERAL – RE 705.423**

Por meio do Recurso Extraordinário 705.423 o Município de Itabi, em Sergipe, contesta acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que negou àquele Município o direito de receber os valores que não tenham sido recolhidos devido à concessão de isenções fiscais de IPI e Imposto de Renda. A Quarta Turma do respectivo Tribunal, ao dar provimento à Apelação e à Remessa Oficial 10424/SE, assentou que a competência tributária da União para instituir Imposto de Renda e Imposto Sobre Produtos Industrializados não poderia sofrer restrições em decorrência do repasse de parte do produto da arrecadação dos tributos ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM.

O município solicita que a União seja proibida de incluir a parte dos impostos devidos aos municípios nas desonerações que vier a conceder. Também requer que a União seja condenada a devolver o que as prefeituras deixaram de receber nos benefícios já praticados. O Fundo de Participação dos Municípios é composto de 22,5% da arrecadação do IR e do IPI, e se-

gundo o Município de Itabi, a Constituição não determina que sejam deduzidos os incentivos fiscais de IPI e IR do cálculo do montante do FPM.

Para o município de Itabi, os incentivos, isenções, créditos presumidos, perdão de dívidas e outros favores podem ser concedidos pela União, mas somente poderiam afetar a parcela de recolhimento de IR e de IPI que lhe compete, ou seja, os 52% do total recolhido.

Como já mencionado, as polêmicas têm início na discussão da autonomia financeira do Município decorrente do pacto federativo, razão pela qual a concessão dos benefícios não poderia incidir sobre a parcela repassada ao FPM. A defesa do governo federal argumenta que a sua competência tributária compreende a competência legislativa plena, conforme estabelece o parágrafo único do art. 6º do Código Tributário Nacional, ou seja: *Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencem à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos*. Argumentou também que a competência tributária da União para instituir imposto de renda e imposto sobre produtos industrializados não sofre qualquer alteração pela circunstância de parte da arrecadação de tais tributos para ser destinada ao Fundo de Participação dos Municípios.

Conforme preceitua o art. 159, inciso I da Constituição a União deverá entregar 48% da arrecadação do IPI e do IR para entes federativos e fundos constitucionais, restando-lhe apenas 52% do montante arrecadado. E não poderá fazer *renúncia fiscal* além desses 52%, que é a parte que lhe cabe da arrecadação, seja sob a forma de *incentivo, isenção, política anticíclica* ou outro nome que se lhe atribua. (SCAFF, SILVEIRA, 2009)

O município de Itabi afirma que o STF já teria analisado o tema no julgamento do RE 572.762, quando o Tribunal garantiu a municípios catarinenses parcela da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). No entanto, o Min. Rel. Ricardo Lewandowski, ressalta que a questão constitucional em discussão no Recurso Extraordinário do município, revela matéria mais abrangente do que a situação do município de Timbó – SC, discutida no RE 572.762. O tema 653 da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 705.423 (Itabi) envolve discussões sobre o pacto federativo, a autonomia financeira dos Municípios e a competência tributária da União, portanto é bem mais complexo.

A título de informação comparativa, teceremos algumas considerações sobre o Recurso Extraordinário RE 572.762. Trata-se de Recurso que envolveu o município de Timbó e o Estado de Santa Catarina. O Estado criou uma política de incentivos fiscais em que permitia desonerar até 100% do ICMS devido pelas empresas instaladas em seu território, denominado Pro-

grama de Desenvolvimento da Empresa Catarinense (PRODEC). Referido Programa apresenta propostas de desenvolvimento sócio-econômico do estado, que permite que empresas instaladas em Santa Catarina sejam beneficiadas com financiamento por meio de uma instituição financeira oficial ou com a postergação do recolhimento do ICMS.

O município alegou, com base na Constituição Federal, que teria direito a 25% do ICMS sobre o que o estado estava desonerando.

O STF decidiu que a parcela do ICMS referida no art. 158, inc. IV, da Constituição, *pertence de pleno direito aos municípios*. Fernando Scaff e Alexandre Silveira destacaram os principais aspectos que foram considerados pelos ministros, quando da análise da decisão do STF:

- a) deve ser preservada a autonomia financeira do município, vedando qualquer condicionamento ao repasse constitucional, e assim efetivando a autonomia política;*
- b) o valor a ser repassado sequer constitui receita do ente arrecadante;*
- c) este não pode livremente dispor da arrecadação, sob pena de ofensa ao pacto federativo;*
- d) o estado-membro, ao instituir benefício fiscal que reduz a arrecadação, atingindo a parcela de repasse aos municípios, faz “cortesia com o chapéu alheio”, na expressão do ministro Ricardo Lewandowski;*
- e) os incentivos fiscais devem ser instituídos com exclusão da parcela de repartição tributária; e*
- f) há um condomínio federativo no plano das receitas, para sustentar a autonomia tributário-financeira dos municípios, e assim suportar sua autonomia político-administrativa. (SACAFF, SILVEIRA, 2009)*

O STF entendeu que o direito ao repasse não estava condicionado ao valor efetivamente arrecadado, mas lhe é preexistente. Logo, *não pode o ente arrecadante dispor livremente do tributo, sob pena de afetar o valor a ser repassado, prejudicando a receita e assim a autonomia municipal (e o custeio de suas atividades básicas)*. Deve dispor apenas da parte que lhe pertence (da sua *receita pública* que, como lembra o Ministro Eros Grau, é apenas o valor que fica com o ente, excluída a percentagem de transferência obrigatória). (SACAFF, SILVEIRA, 2009)

Conforme exposto, os benefícios concedidos pelo Estado de Santa Catarina colocam em risco a autonomia política e financeira dos municípios, diminuindo o valor das verbas destinadas ao custeio das suas atividades básicas, contrariando a Constituição. A concessão de incentivo fiscal não é argumento para um estado deixar de repassar aos municípios valores correspondentes ao ICMS. A decisão é do Supremo Tribunal Federal, que manteve entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reconhecia que a

concessão de incentivos fiscais pelo estado não pode afetar o repasse do ICMS, constitucionalmente assegurado aos municípios.

O STF declarou que os repasses não podem ser prejudicados pela política fiscal. O relator, ministro Ricardo Lewandowski, negou provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina e destacou a necessidade do município ter autonomia financeira para poder agir com independência. Ressaltou que o repasse da cota constitucionalmente devida aos municípios não pode se sujeitar à condição prevista em programa de benefício fiscal estadual.

No caso em questão, ficou demonstrado que o ICMS já havia sido efetivamente arrecadado, e o Estado de Santa Catarina ao reter a parcela pertencente aos municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas, conforme ressaltado pelo Tribunal de Justiça.

O Ministro relator demonstrou que o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense foi instituído por lei ordinária estadual, contrariando o art. 155, § 2º, alínea “g”, da Constituição. Isto porque compete à lei complementar regular, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão revogados. De igual modo, destacou que benefícios tributários concedidos unilateralmente por estados-membros afrontam o princípio federativo por incentivarem a guerra fiscal. No recurso, o estado argumentou que o recolhimento do imposto é diferido e que, assim, não seria possível falar em arrecadação da tributação e muito menos do direito dos municípios à repartição da receita dele decorrente.

O STF, por unanimidade, negou provimento ao recurso do estado de Santa Catarina e reconheceu o direito do município de Timbó a receber, imediata e integralmente, a fração do produto da arrecadação do ICMS a que teria direito, independentemente do que dispunha a legislação estadual. O diferimento acabava por reduzir também os valores repassados aos municípios do Estado, que receberiam imediatamente só 25% dos 25% a que fariam jus, de acordo com o art. 158, IV, da Constituição.

A Procuradoria Geral de Santa Catarina alegou que os municípios só têm direito aos valores quando o ICMS deixar de existir como tributo e passar a existir como receita pública, ou seja, quando for arrecadado, mas o Plenário do STF considerou que o fato gerador já havia acontecido, o que criara o direito de o município receber sua parte.

O IPI tem características diferentes se comparado ao ICMS. O IPI tem função extrafiscal de regulação do mercado, e não apenas arrecadatória e é controlado por alíquotas. Não é necessária sequer uma lei para a concessão de benefícios.

No caso da ação proposta pelo município catarinense de Timbó, houve retenção do governo do estado, de receita constitucionalmente garantida aos municípios, enquanto que, no caso da redução do IPI, o governo federal reduziu o repasse aos municípios, portanto houve redução da alíquota do imposto.

### 3 AUTONOMIA MUNICIPAL E O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

A característica fundamental do federalismo é a autonomia do ente federado conforme afirma Sacha Navarro Coelho:

*No âmbito tributário, a sustentar a autonomia política e administrativa do Estado Membro e do Município – que no Brasil, como vimos tem dignidade constitucional – impõe-se a preservação da autonomia financeira dos entes locais, sem a qual aquelas outras não existirão. Essa autonomia resguarda-se mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na Federação e, também, pela equidosa discriminação constitucional das fontes de receita tributária, daí advindo a importância do tema referente à repartição das competências no Estado Federal. (COELHO, 1999, p. 62/3)*

Fazendo um paralelo entre a repartição de competências e autonomia financeira dos entes da Federação, ensina Cármen Lúcia Rocha:

*Note-se, contudo que não basta a repartição de competências. Ela é, reitere-se, imprescindível na Federação, conquanto não seja suficiente a sua só expressão. Em primeiro lugar, é de atentar a que as competências repartidas sejam de importância política para se tenha, verdadeiramente, uma Federação. Não é o número de competências que se deve considerar, mas a qualidade, a natureza e a significação política das competências repartidas.*

...

*A autonomia federativa não se garante pela sua só expressão textual na Constituição. Antes, cumpre-se ela pela soma de elementos que ensejam a sua realização no sistema. (ROCHA, 197, p. 185)*

Nos termos da Constituição, a Federação brasileira é constituída pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios (art. 1º). Os entes federados possuem autonomia administrativa, política, organizativa, financeira bem como independência. Tanto os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência para exercer atividade financeira específica no intuito de viabilizar a sua existência, seja cobrando os tributos da sua competência, seja recebendo parcelas da repartição de receitas tributárias

obrigatórias, decorrentes do próprio texto constitucional, como o Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Alguns municípios dependem praticamente dos repasses dos governos estaduais e federal para executar políticas públicas. A Constituição Federal trata, em seu Título VI (Da Tributação e do Orçamento), Capítulo I (Do Sistema Tributário Nacional), Seção VI (Da Repartição das Receitas Tributárias), ponto importante para fortalecer o Federalismo Fiscal.

Considerando o Princípio Federativo, a Constituição em sua Seção VI, Capítulo I, sob a denominação de Repartição de Receitas Tributárias, estabeleceu três modalidades diferentes de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na Receita Tributária da União, a saber: a) Participação direta no produto da arrecadação de imposto de competência impositiva da União: arts. 157, I e 158, I da CF. b) Participação no produto de imposto de receita partilhada: arts. 157, II, 158, II, III e IV e 159, III da CF. c) Participação em fundos:

*Art. 159. A União entregará:*

*I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:*

*a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;*

*b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;*

*c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;*

*d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano.*

É oportuno esclarecer o enunciado do artigo quando afirma que a União entregará. Trata-se aí de um comando legislativo que deve ser observado pela União para *entregar* o percentual do produto da arrecadação. Ao creditar aos demais entes, a União compensa os valores já repassados, retidos na fonte (arts. 157, I e 158, I da CF).

Ricardo Lobo Torres ressalta que a repartição constitucional de receitas tributárias configura *instrumento financeiro, e não tributário, que cria para os entes políticos menores o direito a uma parcela da arrecadação do ente maior*. (TORRES, 2006, p. 366)



Regis Fernandes de Oliveira ao escrever sobre o termo federalismo fiscal envolve a suficiência da receita do ente, de modo a lhe garantir a consecução satisfatória de suas competências. Significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhes meios para o atendimento de seus fins, sendo que para tanto, mister se faz, coadunar no texto magno, as necessidades financeiras do membro com os encargos que lhe são atribuídos. (OLIVEIRA, 2008, p. 40)

O Princípio Federativo define a forma de Estado. É a união indissolúvel de organizações políticas autônomas. A Constituição Federal estabelece no art. 1º que é indissolúvel a união dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e que, tais entes integram a República Federativa do Brasil, confirmando o pacto federativo. Referida Carta estabelece a competência legislativa, inclusive a competência legislativa tributária, de cada membro da Federação bem como a repartição das receitas tributárias.

Sobre a autonomia dos entes políticos, escreve Hely Lopes Meirelles, reforçando por sua vez, a autonomia municipal:

*A Autonomia não é poder originário. É prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal. Tanto os Estados-membros como os Municípios têm a sua autonomia garantida constitucionalmente, não como um poder de autogoverno decorrente da Soberania Nacional, mas como um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua Administração, nos limites que a Lei Maior lhes traça. No regime constitucional vigente, não nos parece que a autonomia municipal seja delegação do Estado-membro ao Município para prover a sua Administração. É mais que delegação; é faculdade política, reconhecida na própria Constituição da República. Há, pois, um minimum de autonomia constitucional assegurado ao Município, e para cuja utilização não depende a Comuna de qualquer delegação do Estado-membro. (MEIRELLES, 1993, p. 82/3)*

Os arts. 157 e 158 da Constituição estabelecem os repasses constitucionais obrigatórios de recursos provenientes da arrecadação de impostos federais ou estaduais aos demais entes da federação. Dessa forma, esse sistema de repartição de receitas tributárias é estabelecido entre os entes e a União, sendo instituídas transferências de rendas entre as unidades federativas.

A carência financeira dos Municípios, segundo Luís Roberto Barroso, não se deve apenas à repartição de rendas, mas também, à repartição de encargos. A receita tributária tanto de arrecadação quanto de repasse pelo Estado ou pela União é essencial à consolidação de um sistema federativo, na medida em que, efetivando a autonomia econômica dos entes da federação, por meio da distribuição de receita, permite que as unidades federativas tenham força suficiente para manterem parte da autonomia política, sem

serem, nesse aspecto, totalmente subjugadas pela União. (BARROSO, 2006, p. 145) Sobre o federalismo, o autor registra um momento crítico na Federação brasileira e um grave problema de natureza fiscal, que tem comprometido o funcionamento adequado das instituições e serviços estaduais e municipais. O reconhecimento deste cenário é imperativo para qualquer atividade de interpretação e construção jurídica acerca da matéria. (BARROSO, 2006, p. 149)

Pelo exposto é possível afirmar que a autonomia política dos entes federados pressupõe a sua autonomia financeira, conforme determina a Carta constitucional. As distorções na repartição geram desequilíbrio político e fiscal à medida que tornam os entes menos favorecidos extremamente dependentes dos recursos externos. Assim, sendo a Federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas e *sendo a autonomia financeira o penhor da autonomia dos entes federados, tem-se que qualquer agressão, ainda que velada, a estes dogmas, constitui inconstitucionalidade.* (ROCHA, 1997, p. 185)

#### **4 CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS PELA UNIÃO E OS REFLEXOS NOS VALORES REPASSADOS AO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FMP**

Seguindo a doutrina de Luciano Amaro, no que respeita às receitas (ou, mais genericamente, aos ingressos) de natureza tributária, optou a Constituição por um sistema misto composto por dois mecanismos o de competência constitucional e de partilha do produto da arrecadação. (AMARO, 2002, p. 93-4)

A Constituição determina que os Municípios devam receber 22,5% do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O produto da arrecadação desses impostos é destinado um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano. (art. 159, I, “d”)

Assim, nos impostos de receitas partilhadas há, necessariamente, mais de um titular, pelo que cabe à entidade contemplada com o poder impositivo restituir e não repassar a parcela pertencente à outra entidade política. O imposto já nasce, por expressa determinação do Texto Magno, com dois titulares no que tange ao produto de sua arrecadação. (HARADA, 1999).

Qual o conceito de Fundo de Participação? O professor Roque Carrazza conceitua o Fundo como: Em rigor, o que a Constituição da República Federativa do Brasil faz é estipular que, na hipótese de ser criado o tributo, pela pessoa política competente, o produto de sua arrecadação será total ou parcialmente destinado a outra pessoa política. (CARRAZZA, 2010, p. 401)

Na mesma linha já ensinava Baleeiro: No Sistema Tributário Brasileiro, introduziu-se a participação de uma pessoa de Direito Público Interno no produto da arrecadação de imposto de competência de outra. Esta decreta e arrecada um imposto e distribui tantos por cento da receita respectiva entre as várias pessoas de Direito Público que a compõe. (BALEIRO, 2008, p. 69) O Fundo de Participação é a reserva, em dinheiro, ou o patrimônio público, constituído de dinheiro, bens ou ações, afetado pelo Estado a determinado fim. É o patrimônio público, sem personalidade jurídica, mas com competência postulacional, afetada a um fim público, conceitua Cretella Junior. (CRETELLA JUNIOR, 2002, p. 3718)

Assim, a partilha do produto da arrecadação de determinados tributos, instituídos por certo ente político, não é por este totalmente apropriado, mas partilhado com outros entes políticos. Desse modo, as decisões sobre o nível de incidência e arrecadação dependem do ente político titular da competência, mas a arrecadação resultante das leis que ele editar não lhe pertence integralmente, pois é partilhado. (AMARO, 2002, p. 96)

Nas lições de Cretella Junior, deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei (art. 34, “b” da Constituição de 1988), que corresponde à regra paralela anterior, deixar de entregar aos Municípios as quotas tributárias a eles destinadas (art. 10, V, “b” da EC de 1969) — eis outra causa determinante da intervenção federal. (CRETELLA JUNIOR, 1991, p. 2076-7)

Ainda sobre a partilha da receita tributária, escreve Celso Bastos sobre os repasses pelos Estados:

*O que o presente dispositivo visa dar garantia à co-participação tributária de umas pessoas jurídicas de direito público em outras. No caso, o Estado tem a obrigação de entregar ao Município determinada verba, o que permite a lei é estabelecer, posteriormente, os critérios de partilha, conforme previsto no parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal. Da aplicação desse preceito resulta o crédito de cada município. A entrega dessas quantias deve ser feita em dinheiro, e não são suscetíveis de desconto com fundamentos tais como os de indenizarem despesas com a arrecadação (ônus que cabem integralmente ao Estado-Membro). (BASTOS, 2002, p. 391)*

E continua o professor ao descrever os repasses para os municípios:

*Queremos ressaltar que o Estado-Membro é devedor do Município quanto às receitas fixadas na Constituição, e, por sua vez, o Município constitui-se credor das quotas tributárias a ele destinadas. O Município possui o direito subjetivo público, além do poder-dever de exigir do Estado-Membro o pagamento do que lhe corresponde, sendo que o não-*

*cumprimento da obrigação implica a intervenção federal por parte da União no Estado-Membro.* (BASTOS, 2002, p. 392)

Fernanda Vargas e Thiago Botelho entendem que está clara disposição do parágrafo único do art. 6º do CTN, que ressalta que a competência tributária pertence plenamente à União, mesmo que a receita arrecadada com o tributo seja repartida. Mas, ressaltam os autores que deveria ser criado um fundo destinado a restituir aos Municípios das perdas com as desonerações de IPI e IR concedidas pelo Governo Federal, por não ser justo, legal ou proporcional o benefício concedido com o chapéu dos outros. (VARGAS, BOTELHO, 2013)

## **5 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS**

Tanto o Imposto de Renda quanto o imposto sobre Produtos Industrializados são da competência tributária da União conforme determina o art. 153 (inc. III e IV) da Constituição Federal. Ao mesmo tempo o parágrafo primeiro do referido artigo, faculta ao Poder Executivo, alterar as alíquotas do IPI, nos limites estabelecidos em lei. Embora, sendo prerrogativa constitucional quanto ao poder de tributar, devem ser observados os limites que a própria Constituição expressa ou implicitamente estabelece.

Ao lado do poder de tributar, o Estado possui o poder de desonerar. Poderá reduzir o ônus da carga tributária por meio da concessão de incentivos fiscais entre as formas de desoneração. Esse poder de desonerar é imamente ao poder de tributar. Ambos figuram como o verso e o averso da mesma moeda. (BORGES 2007, p. 30) Entretanto, se por um lado são explícitos constitucionalmente diversos limites ao exercício do poder de tributar, por outro há uma margem de vagueza e poucas restrições expressas ao poder de desonerar. (ASSUNÇÃO, 2010, p. 14)

É comum afirmar-se que a atribuição de cobrar tributos e a de exonerá-los:

*... são como dois lados de uma só moeda – a competência tributária. Há, no entanto, diferença essencial de ponto de vista entre a análise jurídica dos tributos e a das exonerações. As preocupações que, em geral, ocupam o centro do debate tributário não são exatamente as mesmas que ganham destaque quando estão em questão os incentivos e as renúncias fiscais. Já não se trata de limitar o poder tributário e proteger o contribuinte contra o tributo indevido, excessivo ou extemporâneo, mas o inverso: definir instrumentos e parâmetros de controle da não tributação. É*

*preciso pensar o conceito e o regime jurídico dos incentivos e renúncias fiscais pelo caminho oposto – ver o tributo ao avesso.* (CORREIA NETO, 2014)

Não é mais oportuno, o Poder Judiciário dizer apenas se trata mais de um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, sem enfrentar questões bem mais complexas como os limites de controle ao poder de exonerar.

Pode-se então afirmar que a renúncia fiscal precisa estar devidamente pautada em finalidades constitucionais de interesse público, sob pena de contrariar os próprios fundamentos da intervenção estatal sobre a ordem econômica.

Souto Maior Borges destaca que os incentivos fiscais se afirmam como instrumentos indutores de comportamentos voltados ao alcance de objetivos constitucionalmente estipulados como relevantes no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito. Sua utilização deve conciliar-se com a busca do bem comum, ditando-se por considerações de interesse coletivo, como a promoção do desenvolvimento econômico. (BORGES, 2007, p. 70-1).

Assim, a análise da legitimidade da concessão de benefícios fiscais fundamenta-se na verificação das finalidades da medida e na sua pertinência com relação aos valores refletidos no texto constitucional. Será *legítimo o incentivo fiscal concedido sob o amparo de desígnios constitucionais, como instrumento de promoção de finalidades relevantes à coletividade* (ASSUNÇÃO, 2010).

Do mesmo modo que a tributação tem como vetor o da proibição de excesso também deve ser interpretada a exoneração do tributo. A norma que dispensa o pagamento do tributo ou posterga o seu recebimento não pode ir além do ponto necessário para alcançar os objetivos constitucionais. Tampouco deve ser editada sem prévia análise econômica da sua potencial eficiência na busca dos fins pretendidos pelo Estado. Precisa, enfim, observar a regra da proporcionalidade na intervenção econômica. NABAIS (2009, p. 648).

A exoneração do tributo deve levar em conta a regra da proporcionalidade. O exame da proporcionalidade deverá ser realizado com base em três elementos que se relacionam entre si: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (ASSUNÇÃO, 2010).

Diante da necessidade de observância ao princípio da igualdade como parâmetro limitador para a concessão de incentivos fiscais, só será considerado legítimo quando: a) não configurar irrazoável benefício individual; b) estiver ancorado em finalidade constitucional; c) decorrer de

fator de discriminação e medida de comparação adequada. (PAPADOPOL, 2009, p. 83)

Tendo em vista que os incentivos fiscais se sujeitam rigorosamente aos ditames da Constituição, *devem ser concedidos a partir de análises técnicas da economia, que deve fornecer ao direito os instrumentos úteis de busca das soluções para os problemas sociais.* (ELALI, 2007, p. 117)

Os incentivos fiscais referentes ao IPI e ao Imposto de Renda, concedidos no período da crise iniciada em 2008, embora coerentes com a regra da proporcionalidade não significam, porém, a ausência de reflexos financeiros negativos das medidas adotadas pelo governo federal sobre o equilíbrio das finanças públicas dos entes subnacionais.

Esse equilíbrio, por sua vez:

*... é fundamental para que possa ser garantido o desenvolvimento econômico nacional de modo harmônico na Federação brasileira. Daí por que a correção de assimetrias financeiras negativas, decorrentes do uso de normas tributárias indutoras, se revela indispensável para a preservação da compatibilidade das medidas extrafiscais com as finalidades constitucionais que as lastreiam.* (ASSUNÇÃO, 2010)

A renúncia fiscal tanto do IPI quanto do Imposto sobre a renda teve reflexos representativos nos repasses para os Estados, Distrito Federal e Municípios com impactos no Fundo de Participação.

*Políticas fiscais que produzam impactos severos e contínuos nas receitas dos entes subnacionais precisam ser previamente discutidas, buscando-se um denominador comum, a fim de evitar que decisões centralizadas não acarretem a perda de autonomia financeira das unidades descentralizadas, abalando os pilares da cooperação federativa.* (ASSUNÇÃO, 2010)

Por intermédio da Lei 12.058, de 13.10.2009, por exemplo, o governo federal compensou financeiramente os municípios, das perdas com as isenções dos impostos (IPI e IR) concedidas pós-crise de 2008. Referida Lei dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federados que recebem recursos do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, no exercício de 2009, com o objetivo de superar dificuldades financeiras emergenciais.

Na exposição de motivos da Medida Provisória 462/09 (que transformou na Lei 12.058/09), o Poder Executivo federal justificou:

*Nesse contexto, as transferências da União, bem como as receitas próprias, vêm se realizando ao longo de 2009 abaixo das expectativas e das projeções das administrações municipais, trazendo dificuldades para o cumprimento de compromissos financeiros com fornecedores, prestado-*

*res de serviço e com a folha de pagamento dos servidores. Os reflexos sobre a prestação de serviços municipais e a continuidade dos projetos de investimento afetam especialmente aqueles realizados em parceria com o governo federal, sobretudo a capacidade de aporte de contrapartida, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. A desaceleração das obras, além de implicar a elevação de custos futuros e atraso no atendimento das necessidades da população, poderá ainda agravar os efeitos da retração econômica no plano local. Assim, o Ministério da Fazenda propõe a Vossa Excelência a **edição de medida provisória regulamentando a transferência de recursos pela União aos Municípios, no exercício de 2009, a título de apoio financeiro destinado à superação das dificuldades emergenciais de recursos**. Tal transferência será calculada a partir da variação negativa entre o valor nominal do Fundo de Participação dos Municípios – FPM – repassado em 2008 e o valor transferido em 2009. (grifamos)*

Todavia, vale lembrar que os reflexos financeiros das reduções de alíquotas do IPI e das alterações de faixas do IR eram perfeitamente previsíveis desde o momento em que foram cogitadas como medidas de política fiscal anticíclica. Os instrumentos equalizadores demoraram muito para ser editados em um contexto emergencial. A concessão do apoio financeiro por meio de medida provisória, (que pressupõe casos de urgência, por força do art. 62 da Constituição Federal) evidencia que não houve planejamento prévio de compensação financeira concomitante à concessão dos incentivos.

Com isso, é possível afirmar que:

*O modelo de federalismo fiscal cooperativo adotado no Brasil, entretanto, não pode reduzir-se ao apoio conjuntural da União. **É preciso aprimorar mecanismos que garantam a autonomia financeira dos entes subnacionais, mesmo em face de políticas fiscais anticíclicas, a fim de evitar a dependência de auxílios emergenciais, sob liberalidade do Poder Executivo Federal.***

*Nessa perspectiva, caso o emprego de normas tributárias indutoras pela União acarrete situações de **desequilíbrio no arranjo de repartição de receitas** com os entes subnacionais, **deverão ser adotadas medidas de compensação financeira** suficientes para corrigir as assimetrias negativas geradas, preservando os pilares do federalismo fiscal. (ASSUNÇÃO, 2010, p. 34-5) (grifamos)*

Assim, os desconfortos financeiros dos entes subnacionais poderiam ser evitados se houvesse um planejamento prévio das ações isentivas do governo federal, dos repasses ou das respectivas compensações.

Os incentivos fiscais, via de regra, são concedidos por meio de políticas públicas. Estas, por sua vez, são definidas pelo legislador e executadas

pelo Poder Executivo. Com isso, vedaria ao Poder Judiciário exercer o controle sobre as opções feitas, porque isto afrontaria o princípio da separação de poderes. E, na realidade, as grandes metas governamentais são traçadas pela própria Constituição e respectivas Emendas. O legislador disciplina as matérias postas na Constituição.

No entanto, o Poder Judiciário vem interferindo nas políticas públicas, na tentativa de suprir as lacunas deixadas pela inércia dos demais poderes a partir do exame de casos concretos.

A interferência do Poder Judiciário vai ganhando adeptos, sob o argumento de que, ao interferir em políticas públicas, ele não está invadindo matéria de competência dos outros Poderes do Estado, nem a discricionariedade que lhes é própria, porque está fazendo o seu papel de intérprete da Constituição. Assim, o Poder Judiciário não estaria analisando aspectos de discricionariedade, mas fazendo cumprir a Constituição. (DI PIETRO, 2015)

Ao escrever sobre políticas públicas, Maria Sylvia Di Pietro entende que o Poder Judiciário deve analisar com muita cautela os pedidos formulados, seja quanto à matéria de fato em que se fundamentam, seja quanto à razoabilidade em relação ao fim que se pretende alcançar. A observância do princípio da razoabilidade, inclusive quanto ao aspecto da proporcionalidade, é obrigatória e impõe os seguintes questionamentos pelo magistrado: a medida solicitada é realmente necessária para o fim pretendido? Ela é adequada? Ela é proporcional? (DI PIETRO, 2015)

Essa observação pode ser aplicada diante das questões que envolvem os incentivos fiscais, como por exemplo, referentes ao IPI e ao Imposto de Renda e os respectivos repasses aos entes subnacionais.

Considerando as constantes solicitações junto ao Poder Judiciário para considerar inconstitucionais os repasses financeiros para os Estados e Municípios que contrariam a Constituição, diversos projetos de lei e proposta de emenda constitucional são objetos de análise pelo legislativo federal. A seguir citaremos alguns exemplos.

O Projeto de Lei 5.154/13 protocolado na Câmara dos Deputados limitava a concessão de incentivos fiscais às parcelas que não impliquem na alteração dos valores repassados aos Estados e Municípios, de autoria de Inocêncio Oliveira (PR-PE). Referida proposta regulamenta o art. 151, inc. I, da Constituição Federal, estabelecendo que não seja admitida a concessão de incentivos fiscais de impostos compartilhados com os Estados e Municípios.

O Congresso Nacional procurou prever regra destinada a afastar os efeitos financeiros de incentivos fiscais concedidos pela União, no que tange ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM). A Câmara dos Deputados apre-



sentou o Projeto de Lei Complementar 288/13, que deu origem à Lei Complementar 143/13 para dispor sobre os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE). O texto original: *Eventuais desonerações concedidas pelo Governo Federal incidirão apenas na cota de arrecadação destinada à União, não sendo consideradas para efeito de repasse do FPE e do FPM*, foi vetado, sob o fundamento de inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, uma vez que limita o escopo de política econômica característico das desonerações.

O Supremo Tribunal Federal suspendeu a publicação da Súmula 30 que declara a inconstitucionalidade de lei estadual que institui incentivo fiscal e retém parcela do ICMS que seria destinada aos municípios. O texto, aprovado era aguardado por prefeituras que buscam uma solução para acabar com a guerra fiscal entre os Estados. Resta saber se súmula também serviria para atender os interesses dos municípios sobre os repasses dos valores referentes aos incentivos fiscais concedidos pela União. O Plenário, em 03.02.2010, aprovou a Proposta de Súmula Vinculante 41, que deu lugar à Súmula Vinculante 30, com o seguinte teor: *É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos Municípios*. Apesar de aprovada pelo Plenário, houve controvérsia quanto ao texto e ao alcance do enunciado sumulado. Referida súmula foi suspensa por um pedido do ministro Dias Toffoli, para tornar o texto mais abrangente.

Tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional PEC 16/11 (apensada a PEC 148/12) que prevê a compensação financeira para os municípios que perderem repasse por conta de concessão de incentivos fiscais. O projeto de autoria do deputado Reinaldo Azambuja (PSDB-MS), estipula que essa compensação seria necessária caso a União e os estados decidam conceder incentivos fiscais nos impostos sujeitos à repartição de receita (IPI e IR), autoriza a União a suplementar as transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, de que tratam o inc. I e II do art. 159, da Constituição entre outras providências. Autoriza, portanto, a suplementação dos repasses constitucionais do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) devido à queda da arrecadação do imposto de renda e IPI.

Assim, com as medidas mencionadas podem amenizar a situação financeira dos entes subnacionais, embora a necessidade ainda permaneça quanto a aprovação de parâmetros adequados para a situação dos repasses.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crise econômica mundial de 2008, o Brasil vem adotando medidas anticíclicas de intervenção na economia com o fito de diminuir as

repercussões negativas no mercado. Dessa forma, o Governo Federal se valeu de inúmeras medidas fiscais, dentre as quais merece destaque a redução das alíquotas de diversos produtos do Imposto sobre Produtos Industrializados. As repercussões negativas da crise, de fato, foram minimizadas. Contudo, como parte da arrecadação do IPI, por exemplo, comporta os repasses constitucionais obrigatórios aos Municípios, por intermédio do Fundo de Participação dos Municípios, os entes subnacionais ficaram prejudicados quanto à sua autonomia financeira.

Como fora observado, diversos municípios recorreram ao Poder Judiciário para ver cumprido os ditames constitucionais (art. 158 e 159) que garantem o repasse do percentual do IR e do IPI, sem descontar os valores correspondentes aos incentivos fiscais concedidos pela União. Essa discussão está longe ainda de ser resolvida porque envolve questões polêmicas sobre a autonomia financeira do município e a competência legislativa para a instituição dos impostos mencionados. Até então, era aceito na doutrina e na jurisprudência o repasse referente ao percentual que incidia somente sobre o montante realmente arrecadado. Mesmo com algumas transferências voluntárias isso não afasta a inconstitucionalidade presente no ato de renúncia fiscal, praticado pela União, pois estas transferências são obrigatórias, ou seja, possuem outra natureza jurídica.

Uma questão que merece especial atenção especial refere-se ao modelo atual do federalismo fiscal cooperativo e o seu papel atual da forma de governo existente no Brasil. Referido modelo parece também estar em crise. Isto porque há notório desequilíbrio financeiro na distribuição e arrecadação de recursos financeiros, comprometendo a autonomia financeira e política dos estados e municípios. É necessário um ajuste constitucional para uma distribuição mais proporcional às incumbências e encargos de cada ente político.

Se a União tem competência para legislar sobre o IPI e IR, teria competência plena para conceder isenções desses impostos? Em princípio parece que sim, conforme inúmeros pronunciamentos dos tribunais pátrios e da doutrina. No entanto, uma releitura dos textos constitucionais releva a questão para os comandos gerais e específicos. Se a União tem competência para isentar deve ser interpretada com prevalência sobre o artigo 159 (repases aos Fundos que menciona), sem respeitar o limite estabelecido? Poderá no caso ser aplicado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Ou seja, como não há limite constitucional, de forma clara sobre a concessão de incentivos fiscais, os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade precisam ser colocados em prática pelos tribunais. Não é uma tarefa simples, mas é um começo para tentar solucionar a questão para o bem da segurança jurídica.

O poder do Estado de desonerar é amplo, mas não ilimitado, sujeitando-se às diretrizes normativas e aos valores contidos no texto constitucional como foi destacado.

O governo federal e estadual deve planejar a concessão de incentivos fiscais e os respectivos repasses ou medidas de compensação financeira aos entes subnacionais de forma a causar menos transtornos aos mesmos.

Enquanto aguarda-se uma posição, os municípios devem continuar convivendo com a possibilidade de transferências voluntárias da União para compensar as perdas com os incentivos fiscais concedidos.

## 7 REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Incentivos Fiscais e Desenvolvimento Econômico**: a função das normas tributárias indutoras em tempos de crise. Finanças Públicas – XV Prêmio Tesouro Nacional – 2010.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A derrota da federação: o colapso financeiro dos estados e municípios. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. t. II.
- BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 572.762/SC. Rel. Ricardo Lewandowski. Acórdão em 18.06.2008.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 705.423/SE de 09.05.2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Almedina, 2014.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. IV.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>

2015-mai-28/interesse-publico-judicializacao-politicas-publicas-opoe-interesses-individuais-coletivos>. Acesso em: 28 maio 2015.

ELALI, André de Souza Dantas. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Vinculação, pelo município, das cotas do ICMS para garantia de operações de crédito: efeitos. **Repertório IOB Jurisprudência**, 3, fevereiro/99.

MARTINS, Tomás Imbroisi. **As Desonerações do IPI realizadas pelo governo federal desde a crise de 2008**: Análise do Recurso Extraordinário 705.423/SE. Monografia. Curso de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAPADOPOL, Marcel Davidman. **A extrafiscalidade e os controles de proporcionalidade e de igualdade**. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/16164>>.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil – Traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VARGAS, Fernanda; BOTELHO, Thiago Ramos Paixão. **Concessão de Incentivos Fiscais pela União Federal e seus Efeitos nos Valores Repassados ao FPM (Fundo de Participação dos Municípios)**, Publicado em 12.07.2013, Martins Freitas Consultoria Tributária.

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN ESPAÑA.

Miguel Ángel Martínez Lago<sup>1</sup>

---

*Sumario:* 1. La Doble Constitucionalización, Europea y Interna, de la Estabilidad Presupuestaria; 2. El Control De Constitucionalidad De La Estabilidad Presupuestaria; 3. Reseña Bibliográfica.

## 1 LA DOBLE CONSTITUCIONALIZACIÓN, EUROPEA Y INTERNA, DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

La estabilidad presupuestaria –y sus derivaciones, en cuanto al freno al déficit y al endeudamiento excesivos– es la consecuencia de una doble constitucionalización, europea e interna. La primera aconteció en 2007, con la Reforma de los Tratados realizada en Lisboa, aunque el principio ya había aparecido en las primeras formulaciones de la unión económica y monetaria. La segunda se realizó de forma apresurada –por las imposiciones de los “mercados”– en 2011, con la Reforma del artículo 135 CE, y continuó después con la aprobación de la Ley Orgánica de desarrollo.

Por ese doble origen, la estabilidad presupuestaria constituye un extraordinario *banco de pruebas* sobre la progresiva constitucionalización de la economía en el Derecho europeo, el carácter derivado de la normas constitucionales y sus limitaciones, los numerosos obstáculos para establecer controles políticos en Estados compuestos y las indudables dificultades para ordenar los mercados y las finanzas con meras reglas jurídicas.

La *visión unidimensionada* del principio ha consagrado el rigor de las finanzas públicas, descuidando la necesaria protección de los derechos económicos y sociales de buena parte de la población. Pero pertenecer a la *Academia* proporciona ventajas frente al *discurso oficial*. Así está que

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid.

podamos abrigar dudas sobre las bondad de las políticas impuestas, dado el *deber republicano de pensar* que tenemos los iuspublicistas.

Últimamente, ha predominado entre los economistas la idea de que el endeudamiento público es malo. Y ello ha calado también en la conciencia de buena parte de los juristas europeos. La *contrarrevolución* en la teoría monetaria ha alimentado la progresiva constitucionalización de mandatos de equilibrio presupuestario y prohibición del endeudamiento.

Pero hubo un tiempo en que no se pensaba así y los hacendistas admitían el recurso excepcional a la deuda, confiando un significativo rol a desempeñar por el sector público en economías mixtas como las de nuestros países. KEYNES lo teorizó bien, a la par que advertía que *“uno podría leer las entrañas de las ovejas, como hacían los romanos, con tanta seguridad como se hacen las predicciones de mercado”*.

La *Gran Recesión* que arrancó en julio de 2007 ha retorcido el orden de las cosas importantes. Acuciados por la gravedad de la crisis financiera, parece que no quepa alternativa a la *congelación presupuestaria*. Sin embargo, cuando se piensa en reducir el déficit, lo esencial es saber qué fue lo que lo provocó y no caer en lo que STIGLITZ ha llamado *“el fetichismo del déficit”*. KRUGMAN también ha expuesto que *“en tiempos normales está bien preocuparse por el déficit presupuestario, y la responsabilidad fiscal es una virtud que tendremos que volver a aprender tan pronto como la crisis quede atrás. Sin embargo, cuando prevalece la economía de la depresión, esta virtud se convierte en un vicio”*.

*Algo va mal*, como teorizaba bien Tony JUDT, o nos iría muy mal si, después de la crisis, no volviéramos a aprender a plantear las preguntas decisivas. Y entre éstas sobresale cuestionarnos por la *legitimidad y corrección* de las decisiones legislativas y de los pronunciamientos judiciales.

Una de las consecuencias más palpables de la tremenda crisis económica ha sido la acentuación del proceso de *constitucionalización de la economía* en el Derecho de la Unión Europea. Es en dicho ordenamiento donde se recogen las decisiones políticas básicas, materialmente constitucionales, por encima de las formales Constituciones domésticas. Y fue allí donde comenzó la consagración del principio de estabilidad presupuestaria, como una consecuencia de la *unión económica y monetaria* que se proyectaba, mientras que al otro lado del Atlántico el énfasis de la disciplina presupuestaria venía impulsado por el *consenso de Washington*.

En sus desarrollos más recientes, la estabilidad presupuestaria se ha revelado como un instrumento de *coordinación de las políticas económicas* de los Estados miembros y no sólo de sus Presupuestos. Baste observar

cómo el *consenso de Berlín* ha dado a luz un Tratado intergubernamental, el *Fiscal Compact*, que refuerza los poderes de las instituciones comunitarias para dirigir las políticas presupuestarias de los Estados miembros, y *centraliza* la arquitectura económica europea con un sistema menos respetuoso de la soberanía de los países miembros que el federal de los Estados Unidos.

Con la *Reforma de los Tratados*, llevada a cabo en Lisboa, a finales de 2007, el principio de estabilidad presupuestaria dejó de ser un *objetivo de política económica* para convertirse en una *obligación constitucional*. Cuatro años después de la aprobación del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, se aprobó, por impulso bipartidista, la *Reforma del artículo 135 de la Constitución* española. En ninguno de ambos escenarios –europeo y nacional– se vivió en España un *momento constitucional*, si por tal entendemos discusión, publicidad y participación de las minorías.

Tampoco lo hubo después, con la aprobación del *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria* de 2012. El papel de las Cortes Generales fue muy pequeño y el de la opinión pública casi inexistente. Un *déficit democrático* evidente frente la silente mutación previa de la Constitución escrita. Una preocupante *huida del Derecho constitucional* que poco tiene que ver con el respeto a la Ley Fundamental, al principio del Estado de Derecho y a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal en Alemania. No es ocioso recordar, por ejemplo, que el *Bundestag* conoció y debatió el *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera*, sin que las Cortes Generales españolas hayan podido decir nada al respecto.

La Reforma Constitucional de 2011 parece tener la naturaleza de un *cambio derivado y sobrevenido* con cierto automatismo. El compromiso y la obligación jurídica estaban ya presentes en el Derecho de la Unión Europea y su incorporación a nuestra Constitución interna es indicio de la vinculación a ese compromiso. Además coincidió en el tiempo con todas esas medidas que desde la Unión se adoptaron para atajar la crisis financiera. Entre otros:

– El *Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera*, contenido en el Reglamento UE 407/2010, del Consejo, de 11 de mayo de 2010.

– El *Semestre Europeo de coordinación presupuestaria*, creado por acuerdo del Consejo Europeo de 7 de septiembre de 2010.

– El denominado “*Six Pack*”, vigente desde diciembre de 2011 y que reformó, endureciéndolo, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, creó un nuevo mecanismo de vigilancia de los desequilibrios macroeconómicos

excesivos y fijó obligaciones de planificación presupuestaria de los Estados miembros.

– Los dos Reglamentos del Parlamento y del Consejo, de mayo de 2013, que conforman el “*Two Pack*”.

Y, aparte de los anteriores actos comunitarios, cabría citar otros de Derecho internacional encaminados también a reforzar la supervisión presupuestaria y proveer instrumentos de rescate. A este último ámbito pertenecen:

– La *Facilidad Europea de Estabilidad Financiera*, aprobada por veintiocho Estados el 9 de mayo de 2010.

– El *Pacto por el Euro Plus*, sustentado en un acuerdo intergubernamental de veintitrés Estados y que fue firmado durante el Consejo celebrado los días 24 y 25 de marzo de 2011.

– El *Mecanismo Europeo de Estabilidad*, regulado en el Tratado hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012.

– Y el ya citado “*Fiscal Compact*”, vigente desde el 1 de enero de 2013 y que es otro acuerdo intergubernamental de veinticinco Estados, que no forma parte del Derecho de la Unión y “no afectará a las competencias de la Unión para actuar en el ámbito de la unión económica” (art. 2.2 TECG), sin perjuicio de que pretenda incorporarse a dicho marco jurídico en un plazo máximo de cinco años (art. 16 TECG).

Todas estas nuevas disposiciones han entrado a formar parte de nuestros ordenamientos con claro menoscabo de las competencias parlamentarias.

Hoy asistimos a una clara *abdicación parlamentaria* frente a las cifras determinadas por los contables y acogidas por los Ejecutivos con el respaldo comunitario. *Si viene de Europa, pues habrá que aprobarlo...*, parece ser el parámetro que resta a la tradicional función presupuestaria. Y el marco jurídico europeo ha favorecido una *fuga informal de los asuntos presupuestarios* de los Estados miembros en una corriente arriba (“*upstream*”) hacia las instituciones de la Unión.

*¿Dónde queda la democracia representativa en este escenario?*

Como si viniera a responder a esta pregunta, un Informe de la *Cámara de los Comunes* del Parlamento británico, de 27 de marzo de 2012, realizaba una seria crítica de las incoherencias a que llevan las sucesivas modificaciones del Derecho de la Unión, sea a través de procedimientos comunitarios o mediante acuerdos intergubernamentales, pero sin presencia de la democracia representativa. La conclusión que cerraba el Informe justificaba el rechazo del Reino Unido hacia el *Pacto Fiscal* por la tendencia creciente de la Unión de proponer virtudes del Estado de Derecho que no se aplican en



la práctica y ofrecen la cada vez más inquietante evidencia de una Unión que ignora peligrosamente sus propios preceptos por fines políticos.

Deberíamos aprender la lección y estar en el futuro mucho más atentos al *Derecho Constitucional Europeo*, para que no se nos cuele otras normas materialmente constitucionales sin tener realmente la oportunidad de discutir las y participar de manera efectiva en su elaboración.

El *nuevo artículo 135 CE* es una disposición constitucional de *estructura compleja* e integrada por varios tipos de normas:

– La *vinculación a un principio* constitucional, de estabilidad presupuestaria.

– *Dos prohibiciones y límites* de déficit y deuda: son dos caras de la misma moneda, estando el primero al servicio del segundo.

– Un *doble reenvío* para su fijación a la Unión Europea y a una Ley Orgánica.

– La *autorización por ley* para emitir deuda pública y para contraer crédito.

– La *prioridad absoluta* del pago de la deuda pública.

– *Unas excepciones a la regla* en varias situaciones: catástrofes naturales, recesión económica y situaciones de emergencia extraordinaria que escapan al control del Estado.

– Una *reserva constitucional y habilitación a la ley orgánica*.

– Y un *mandato a las Comunidades Autónomas* de adoptar disposiciones para hacer efectivo el principio.

El principio de estabilidad presupuestaria es el único principio jurídico que recoge el artículo 135 CE. Todas las demás normas están al servicio del mismo. Supone una garantía a la que deben adecuarse todas las Administraciones públicas: una perspectiva que deben tener en cuenta para que oriente e inspire la conformación de sus actuaciones. Y la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera –norma de desarrollo del precepto constitucional– entiende la estabilidad como “*sostenibilidad financiera*”. Una expresión con la que se pretende reforzar la estabilidad, al comprenderla no sólo como un principio coyuntural sino como un “*conducta financiera permanente*”. Quiere significarse una situación de equilibrio o de superávit estructural (art. 3.2 LOEPSF) y debe entenderse como la capacidad de financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de la deuda comercial de las Administraciones (art. 4.2 LOEPSF).

Los destinatarios del freno constitucional son todos los entes territoriales y órganos del Estado con competencia para emprender acciones

que puedan causar la superación de los topes de déficit y endeudamiento. La consecución de la estabilidad presupuestaria –como la solidaridad– puede demandar comportamientos favorables al conjunto del *Estado ordenamiento*. Esta situación podría llevar a desempolvar el principio constitucional de *solidaridad interterritorial*, hasta ahora infrutilizado, y que permite establecer límites a las competencias propias, así como exigir comportamientos favorables al todo.

Valorando la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, el profesor y presidente emérito del Tribunal Constitucional, Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, ha señalado la cesión de soberanía en materia financiera y presupuestaria a la Unión Europea que entraña. Cesión que altera el equilibrio de la división de poderes entre el Parlamento y el Gobierno en materia presupuestaria y limita, en favor de las autoridades europeas, su libertad de configuración en el ejercicio de sus competencias constitucionales dentro de todas las fases del ciclo presupuestario. Hay una preocupante *pérdida de centralidad presupuestaria del Parlamento* y afecta, desde luego, también a las relaciones financieras del Estado con las Administraciones territoriales, limitando su autonomía política y financiera reconocida constitucionalmente.

La Reforma de la Constitución optó por reenviar a la Ley Orgánica de desarrollo los procedimientos de coordinación o la distribución de los límites de déficit y de deuda pública, lo cual nos parece correcto al perseguir una adecuada flexibilidad. Sin embargo, no puede valorarse igualmente la *omisión constitucional de la responsabilidad por incumplimiento y las sanciones*, pues creemos que constituye una materia constitucional de la que debió ocuparse la Reforma. Entre otras razones, y por un justo paralelismo con las disposiciones constitucionales en materia de controles (arts. 153 y 155 CE) y por respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas.

## 2 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

Yendo ya, para terminar, al control de constitucionalidad de la estabilidad presupuestaria, podemos traer las palabras de Valerio ONIDA, antiguo presidente de la *Corte Costituzionale* italiana, quien ha ironizado sobre las funciones de la misma en el control del equilibrio presupuestario, pues piensa que: “*es difícil asignar a un juez la verificación de la exactitud de un documento económico y financiero*”.

También el presidente emérito del Tribunal Constitucional español, el profesor RODRÍGUEZ BEREIJO, ha expuesto las dificultades para controlar aspectos como el déficit estructural, por tratarse de una variable económica que ha de ser *estimada* y los métodos para ello pueden arrojar resultados diferentes. A la difícil justiciabilidad de este *concepto jurídico-constitucional indeterminado* se unen otras ambigüedades que podrían vulnerar el principio de taxatividad de las prohibiciones de déficit y endeudamiento.

Por otro lado, el control de constitucionalidad confiado al Tribunal Constitucional se mueve en este campo, más que en ningún otro, en una permanente tensión entre dos extremos: la autolimitación o *self-restraint* que, en ocasiones, deriva en la simple abdicación de su función de control sobre la ley; y la aplicación activista de los preceptos constitucionales que integran la Constitución económica, con el riesgo de sustituir las decisiones del legislador democrático en su legítima libertad de opción política.

Habría que ponderar ambos platos de la balanza. Y para que la estabilidad-sostenibilidad sea realmente eficaz, el Tribunal no debería detenerse en un *control formal*, meramente externo, de las normas o disposiciones generales sometidas a su enjuiciamiento, sino que debería hacer también un *control material*, contrastando la ley con su aplicación práctica y la coherencia del legislador con las consecuencias de sus propias opciones legislativas.

Sin embargo, habría que realizar serios *cambios de procedimiento* de la jurisdicción constitucional para que un control de este tipo, *más incisivo*, pudiera realizarse sin caer en *dilaciones estructurales indebidas* del Tribunal Constitucional, que le ubican frecuentemente en una nube fuera de la división de poderes.

Un claro ejemplo de lo expuesto fueron las sentencias del Tribunal sobre las primigenias leyes de estabilidad presupuestaria que se habían aprobado en 2001 y que se producirían al tiempo de la Reforma Constitucional de 2011. Teniendo en cuenta la entidad de las impugnaciones y los órganos que las promovieron en su momento, la tardanza despoja de su función garantista a la justicia constitucional, haciendo irrelevantes sus pronunciamientos y menospreciados por los sujetos políticos del circuito democrático representativo.

Pese a ello, *una vez descorchada la botella, puede derramarse su contenido...* Y, en efecto, tras la primera sentencia constitucional sobre el principio de estabilidad presupuestaria (STC 134/2011, 20 de julio), vinieron doce más antes de que finalizase 2011, todas sobre la legislación aprobada diez años antes. En la STC 134/2011, de 20 de julio y en otras dos (SSTC

197/2011 y 198/2011, de 13 de diciembre) se resolvieron las impugnaciones contra las originarias leyes de estabilidad presupuestaria aprobadas en 2001. Otras cinco sentencias abordaron los recursos contra la Ley 18/2001 (SSTC 157/2011, de 18 de octubre; 195/2011, 196/2011, 199/2011, de 13 de diciembre y 203/2011, de 14 de diciembre) y cinco más resolvieron los que se presentaron contra la Ley Orgánica 5/2001 (SSTC 185/2011, 186/2011, 187/2011, 188/2011 y 189/2011, todas de 23 de noviembre). En apretada síntesis, en esa jurisprudencia se reconoció:

– La *competencia del Estado* (ex art. 149.1 CE, reglas 13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup>) *para frenar el gasto público*, imponer topes máximos a su crecimiento, y acomodar la actividad financiera autonómica a las medidas que vaya adoptando el Estado para alcanzar la estabilidad económica.

– También se refrendó la *necesaria autorización estatal* de las *operaciones de crédito* de las Haciendas inferiores y la *obligación* que estas tienen de elaborar *planes económico-financieros* para corregir los desequilibrios, tanto por parte de las Comunidades Autónomas, como de las Entidades Locales.

– Se posibilitó también que el Ministerio de Hacienda recabe y obtenga información concreta de su actividad financiera.

– Y, asimismo, se entendió que el nuevo artículo 135 CE representaba ya el *canon de constitucionalidad*, que vincula a todos los poderes públicos y legitima el establecimiento de límites en materias concretas de los Presupuestos de las Comunidades Autónomas, por *exigencias de coordinación* y gradual recuperación del equilibrio presupuestario.

La misma crítica que se ha hecho, por su tardanza en aparecer, merece la STC 44/2015, de 5 de marzo. En ella se declara inconstitucional una modificación normativa realizada en diciembre de 2004 –a través de la Ley de Presupuestos para 2005–, que afectó al *procedimiento parlamentario de convalidación* de los objetivos de déficit y de deuda pública que se estuvo aplicando hasta la Reforma Constitucional de 2011. En el FJ 3.º d) de la STC 44/2015, de 5 de marzo, se sostiene que la disposición controvertida no presentaba conexión económica o presupuestaria con la Ley de Presupuestos –lo cual nos parece contradictorio con la finalidad reconocida por el Tribunal al trámite parlamentario para “determinar el objetivo de estabilidad presupuestaria a cuyo cumplimiento se deben dirigir los presupuestos”– y se incurre en el error de entendimiento sobre el *procedimiento para fijar el objetivo de estabilidad presupuestaria* –que era lo que se modificaba en la Ley de Presupuestos–, confundiéndolo con el “procedimiento parlamentario de aprobación de los presupuestos generales”, deduciendo que “esa

ordenación procedimental afecta a la autonomía reglamentaria de la Cámara (...) y, por tanto, queda al margen del limitado contenido material que el art. 134.2 CE reserva a la ley de presupuestos”. No nos podemos entretener en este clamoroso *fallo* del Tribunal, cuya eficacia práctica es ninguna.

*Entre medias* de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de desarrollo del artículo 135 CE y esta última sentencia, el Tribunal ha pronunciado otras seis sentencias más, caracterizadas por incurrir en el mismo *retraso* del enjuiciamiento de las normas impugnadas y por la reafirmación de las competencias del Estado.

Al primer grupo corresponden, por ejemplo, la STC 120/2012, de 4 de junio, que desestima el recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, reiterando la competencia del Estado en el establecimiento de límites al posible endeudamiento de las Entidades Locales para el cumplimiento de los objetivos de estabilidad y de deuda pública. También, la STC 36/2013, de 14 de febrero, que desestima el recurso del Gobierno de Castilla-La Mancha contra otra ley de acompañamiento, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, declarando la competencia estatal para repercutir en el orden interno la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Igualmente, la STC 143/2013, de 11 de julio, que desestima otro recurso del Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la modificación que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, había introducido en la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, al establecer el cumplimiento del objetivo de estabilidad entre los criterios de gestión económico-financiera local.

Y esa reafirmación de competencias estatales se observa, aparte de en los fallos que se acaban de citar, en la STC 56/2014, de 10 de abril, que estima la cuestión planteada por el TSJ de Cantabria contra la Ley de Presupuestos de dicha Comunidad para 2011, declarando la inconstitucionalidad del precepto impugnado porque “el régimen de prohibición de pago aplazado es indiscutiblemente básico, tanto por regular un aspecto nuclear de la contratación administrativa como por su conexión con el principio de estabilidad presupuestaria...” (FJ 4.º). También la STC 152/2014, de 25 de septiembre, que, entre otros aspectos, desestima los argumentos de un recurso del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en lo que afectaba a los límites del endeudamiento de las Entidades Locales. Asimismo, la STC 171/2014, de 18 de diciembre, que declara la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley foral 12/2010, de 11 de junio, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que había sido impugnado por el

Presidente del Gobierno, afectando también a la competencia del Estado sobre el establecimiento de límites al endeudamiento local.

Y, contrastando con tantas dilaciones indebidas, el Tribunal nos ha sorprendido con la *repentina* consideración de la *constitucionalidad de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria*, en su STC 215/2014, de 18 de diciembre, donde rechaza cuantos argumentos se esgrimieron en la impugnación que hizo el Gobierno de Canarias. Pero lo hace de una manera no siempre convincente, como revela que nada menos que cinco Magistrados discrepantes consideren en su *Voto Particular* que varios de los artículos recurridos<sup>2</sup> son contrarios a la Constitución.

El recurso del Gobierno de Canarias se dirigió contra los artículos 10.3, 11.6, 12.3, 16, 19, 20.3, 24, 25.2 y 26, además de las disposiciones adicionales segunda y tercera de la LOEPSF. En el *Voto Particular* se entiende que los artículos 11.6, 16, 25.2 y 26.1, además de las disposiciones adicionales segunda y tercera.2 de la LOEPSF eran contrarios a la Constitución.

La sentencia ha validado la traslación a nuestro ordenamiento del *esquema de prevención y sanción de los déficits excesivos* existente en la Unión Europea. Pero éste es un trasplante difícil de realizar a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, cuya distribución de competencias se hace por la Constitución y no por el Derecho de la Unión. Nos limitaremos a sintetizar –y mucho– la larga y confusa sentencia del Tribunal Constitucional:

– En ella se reitera que la competencia del Estado en materia de estabilidad presupuestaria proviene del artículo 149.1 CE (reglas 11.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup>) y no directamente del artículo 135 CE. El planteamiento no es nuevo. Sin embargo, nada se dice acerca de si el tipo de ley que habilita el artículo 135 CE cumple o no una *específica función constitucional*.

– Pese a la deficiente técnica legislativa de la LOEPSF, se declara constitucional la *participación de los entes territoriales* a través de los órganos multilaterales de coordinación: el Consejo de Política Fiscal y Financiera y la Comisión Nacional de Administración local.

– Se estima asimismo constitucional la *doble remisión* de la Ley a la *metodología utilizada por la Comisión Europea* para el cálculo del déficit estructural y la tasa de crecimiento del PIB. Con ello se asegura el

---

<sup>2</sup> El recurso del Gobierno de Canarias se dirigió contra los artículos 10.3, 11.6, 12.3, 16, 19, 20.3, 24, 25.2 y 26, además de las disposiciones adicionales segunda y tercera de la LOEPSF. En el *Voto Particular* se entiende que los artículos 11.6, 16, 25.2 y 26.1, además de las disposiciones adicionales segunda y tercera.2 de la LOEPSF eran contrarios a la Constitución.

cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. Pero el asunto debió analizarse no desde la perspectiva de las fuentes del Derecho interno sino desde las relaciones entre dos ordenamientos igualmente válidos, ponderando que la competencia accesorio –el *método de cálculo*– debe seguir a la competencia principal ya transferida –los umbrales de déficit y deuda– a la Unión. La *sentencia de la mayoría* acierta, pero concurriendo en el fallo discrepamos del razonamiento empleado.

– Se considera que el procedimiento legal para fijar los *objetivos individuales de déficit y deuda* de las Comunidades Autónomas no deslegaliza la materia ni viola la reserva constitucional, tanto en lo que atañe a su participación como a los criterios para la fijación de esos objetivos. El *Voto Particular* advierte, sin embargo, que nada se prevé respecto de dichos criterios o principios y que estamos ante un reenvío en blanco al Gobierno de la Nación. Nos parece que deben compartirse las razones de la minoría.

– Se declara asimismo constitucional la regulación de los *informes favorables del Ministerio de Hacienda* con carácter previo a la concesión de subvenciones o suscripción de convenios en los casos de incumplimiento de los objetivos, porque la Ley Orgánica establece una previsión *in abstracto* que ha rellenado la colaboración de las leyes ordinarias, en especial, de tres leyes de Presupuestos. La Sentencia parece no ponderar la relevancia de que una Ley Orgánica posterior ha modificado la LOEPSF en 2013, precisamente, para reconducir a la Ley de Presupuestos los criterios para la regulación de esos informes. La modificación legislativa evidencia –al modo de una *confesión del legislador*– que diversas leyes de Presupuestos se adentraron indebidamente en la materia reservada a la LOEPSF, sin que una de sus disposiciones finales identificara esa materia como conexas y excluida de la reserva. De manera que podría haber existido una *inconstitucionalidad en el período intermedio*. Por otra parte, es difícil sostener que toda esta confusión legislativa no afecte a la seguridad jurídica y a otros principios que informan la situación de las Comunidades Autónomas.

– Los hipotéticos vicios en el ejercicio por el Estado de la *advertencia de riesgo de incumplimiento*, o en los informes previos, deberán ser revisados por la *jurisdicción contencioso-administrativa*. La impugnación fue prematura en este punto, como si fuese un *recurso preventivo*. Compartimos con la Sentencia que se trata de una presunta irregularidad constitutiva de un vicio de legalidad que debe ubicarse extramuros de la jurisdicción constitucional. *¿Pero, lo que no ha resuelto el Tribunal Constitucional, lo podrán resolver los Tribunales de lo Contencioso?*

– La LOEPSF declara que las medidas propuestas por la *comisión de expertos* que nombre el Gobierno, para revisar los incumplimientos

detectados, serán de obligado cumplimiento. La Sentencia estima constitucional la previsión, pues dice que es una consecuencia previsible del incumplimiento de los objetivos de estabilidad amparada por las competencias estatales. En cambio, los Magistrados discrepantes advierten que esta declaración legal de obligatoriedad se anticipa a haber conseguido la necesaria *autorización del Senado*, dispuesta en el artículo 135 CE, y sustituye a los legítimos órganos autonómicos en el ejercicio de sus competencias por esa indefinida comisión de expertos. Creemos que los magistrados discrepantes atinan frente la sentencia de la mayoría. Como ya señalamos en una monografía previa y hemos advertimos más atrás, *la reforma constitucional* del artículo 135 CE *se olvidó de lo más importante*, regular un sistema de controles. Y, al no hacerlo, el Gobierno debe seguir religiosamente lo dispuesto bien en el artículo 153 CE o en el artículo 155 CE. La LOEPSF no puede anticipar las «medidas necesarias» –que la Constitución establece en este último precepto– sin esperar a conseguir la autorización del Senado. La obligatoriedad de las medidas de la comisión de expertos y la sustitución de los órganos autonómicos es prematura.

– El establecimiento de *medidas de cumplimiento forzoso* para las Administraciones que incumplan los objetivos de déficit y deuda también se considera constitucional. Pero el Voto disidente cree que la previsión legal limita la discrecionalidad que el artículo 155 CE concede al Gobierno y está reformulando su prerrogativa constitucional. A nuestro parecer, la minoría no yerra en su crítica. La Ley hace una exégesis general del artículo 135 CE que debió venirle vedada, con más razón mientras no se declare que cumple una función constitucional. Y *el automatismo en los controles limita la discrecionalidad gubernamental* donde la Constitución no lo hace. La LOEPSF parece situarse aquí en el lugar del poder de reforma constitucional.

– La Sentencia estima constitucional la *compensación o retención de fondos a las CCAA en casos de responsabilidad* por incumplimiento de obligaciones derivadas del Derecho de la Unión que la Ley introduce con carácter general. Pero la minoría disidente señala que esta materia no es una de las previstas en la reserva del artículo 135 CE que atañe únicamente a déficit y deuda. Entendemos que el *Voto particular* vuelve a acertar y que esta cuestión debió calificarse en la LOEPSF como una materia conexas, ubicada fuera de la reserva.

– La Ley determina que una vez *suspendida automáticamente* –ex art. 161.2 CE– *una Ley de Presupuestos autonómica*, tras su impugnación ante el Tribunal Constitucional, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos anteriores. La *Sentencia* afirma que es una medida constitucionalmente posible y que se acantona dentro de las



competencias del Estado sobre coordinación de la actividad económica. El *Voto Particular* estima que *el Estado reemplaza una decisión autonómica*. Según nuestro criterio, la Ley desapodera de sus facultades constitucionales y estatutarias a los órganos de las Comunidades Autónomas a la hora de declarar la prórroga presupuestaria. La LOEPSF razona como si fuera una legislación de emergencia que permita derogar todas las competencias exclusivas de las Comunidades, dando por supuesto o presumiendo –con un paternalismo o autoritarismo innecesarios– que las instituciones autonómicas no van a hacer responsablemente esa declaración.

Finalmente, estimamos que la LOEPSF y la STC 215/2014, parecen olvidar las competencias constitucionales del *Tribunal de Cuentas* para realizar un control económico y presupuestario. La regulación legal aminora sensiblemente esas competencias sin que se hayan aportado mayores razones para no intentar una regulación procesal que establezca una nueva tramitación urgente y específica de esas irregularidades.

Seguimos pensando que este tipo de vicio –la desviación presupuestaria de los objetivos de déficit y deuda– se presta muy mal a ser verificada y reparada mediante instrumentos tan radicales como los propios de un control sobre los órganos de las Comunidades Autónomas. Resultarían probablemente más adecuados otros controles –del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Constitucional, o mediante la colaboración de ambos en un nuevo proceso– y, sobre todo, *mecanismos extrajudiciales* basados en la colaboración y coordinación entre entes.

Se ha perdido una ocasión con la creación de una *Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal*, encuadrada en la línea de mando del Ministerio de Hacienda. Mejor podría haberse pensado en establecer un *Consejo de Estabilidad*, asegurando sus cometidos en la propia Constitución.

Pero, para el caso de que nuestra recomendación prosperara, ahí va otra: *corriendo mucho no siempre se llega más temprano, ni en mejor estado a la meta*. Y, además, para que ese empeño fuese consciente, habría que leer. Algo que me recuerda lo que decía el Maestro SARAMAGO: “*Todo el mundo me dice que tengo que hacer ejercicio. Que es bueno para mi salud. Pero nunca he escuchado a nadie que le diga a un deportista; tienes que leer*”. Parece que nuestros políticos padecen ese mismo déficit de lectura.

### 3 RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

A la Reforma de la Constitución Española de 2011 y su desarrollo efectuado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, nos hemos referido con detalle

en GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A: *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013; habiendo continuado nuestras reflexiones en GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A: “El impacto de la crisis en nuestras dos constituciones” en *Documentación Administrativa*, n.º 1, 2014, pp. 1-15, y en GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A: “La repentina constitucionalidad de la Ley de estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre” en Civitas, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 54, 2015, pp. 89-122. Previamente, y en solitario, me he ocupado también del tema en MARTÍNEZ LAGO, M.A: “Crisis fiscal, estabilidad presupuestaria y reforma de la Constitución” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 24, 2011, pp. 10-21, y en MARTÍNEZ LAGO, M.A: “La reforma del régimen jurídico de la estabilidad presupuestaria y el Tratado de Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria” en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 330, 2012, pp. 105-120. En el comentario que precede aparecen algunas citas que se corresponden con los trabajos de JUDT, Tony: *Algo va mal*, 4.ª ed., Taurus, Madrid, 2011; RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro: «La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado», en *Crónica Presupuestaria*, n.º 1, 2013, y STIGLITZ, Joseph A.: *El precio de la desigualdad*, Taurus, Madrid, 2012.

# 15 ANOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – (DESAFIOS E PERSPECTIVAS (ADI 2238))

*Regis Fernandes de Oliveira*<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. *Introdução*; 2. *Como Analisar a História? Walter Benjamin e Castoriadis*; 3. *O Teor da Adi 2238*; 4. *O Texto Remanescente*; 5. *A Ética na Gestão Pública. Aristóteles*; 6. *As Imposições Legais e as Paixões*; 7. *O Resultado Atual da Vigência*; 8. *Considerações Finais. Spinoza e Cícero. Desafios e perspectivas*.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar 101, de 04.05.2000 tem quinze anos de existência. Por sua importância no contexto da responsabilidade fiscal das contas públicas, merece destaque. Imperava, até então, a completa desorganização nas receitas e despesas por parte dos governantes. Muitos despendiam apenas com servidores públicos mais do que iriam receber durante um exercício financeiro.

Desnecessário ressaltar o descabro em que se encontravam as diversas gestões dos entes federativos. É que técnica financeira não tem milagres: quem gasta mais do que recebe, quebra. É matemática. É primário. É infantil o raciocínio. Mas, assim nossos governantes se perdiam em utilizar o patrimônio público para atender a interesses pessoais. Pessoas sem qualquer credibilidade assumiam cargos públicos eletivos e regiam suas administrações como faziam com suas finanças pessoais. Arrogantes e despreparados usavam as verbas públicas de forma irresponsável.

Tudo resultava de um processo político que se acentuava a cada dia de concentração de receitas no âmbito da União em detrimento de Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Fazia sentido político: instituiu-se

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Financeiro da USP.

uma odiosa força de controle financeiro. A maioria dos recursos concentrava-se nas mãos da União. Se o governador fosse do mesmo partido político teria as benesses das receitas da União. O mesmo sucedia com os diversos municípios que deveriam estar, forçosamente, alinhados com os interesses do Presidente e/ou dos governadores.

A liberação de verbas para suplementação do caixa de tais entidades menores era feita na medida em que havia sintonia política (subordinação partidária e lealdade eleitoral) com o chefe do executivo do governo do Estado com o Presidente da República.

Esse nefasto concubinato tornava inviável a vida financeira dos entes federativos menores. As situações (claro que com mais largueza temporal) foram analisadas em por Vitor Nunes Leal (“Coronelismo, enxada e voto”) e por Raymundo Faoro (“Os donos do poder”). A perspectiva da busca do poder fazia com que os políticos fizessem uso de todos os meios lícitos e ilícitos para se manterem nos cargos conquistados ou a conquistar.

A democracia mal utilizada leva a tais desmandos. O uso irresponsável dos poderes constitucionais deturpa seu bom exercício e atinge níveis não pretendidos nem queridos pela maioria da população.

As promessas fáceis e o jogo de persuasão fazem com que a grande massa de manobra iletrada e viciada em recebimento de prebendas nas proximidades dos períodos eleitorais busquem vantagens recíprocas. Uns, a obtenção do voto; outros, propinas políticas.

Uma vez no exercício do mandato, governantes sem pudor passam a utilizar, de forma atrabiliária, as verbas públicas, manipulando seu uso e disfarçando as finalidades sempre com o discurso fácil de *atingir finalidades públicas*.

Ocorre que quando a malandragem é demais há uma reação na mesma proporção dos desmandos.

A lei veio, então, em sentido de dispor sobre “a verdade efetiva das coisas”, no dizer precioso de Maquiavel.

Daí o surgimento político da denominada lei geral de bons costumes financeiros. Com a aprovação da Lei 101, de 04.05.2000, alguns partidos políticos (Partido Comunista Brasileiro (PC do B), o Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Socialista Brasileiro (PSB) ingressaram em Juízo para obter a total invalidade da referida lei. Sob argumentos mais absurdos e em gesto de manifesta idiotia política, ingressam perante o Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Pressuposto do estudo a que se propõe é a indagação de: quais os critérios para a análise da vigência da lei? Sob que ângulo devem os desafios

e as perspectivas ser analisadas? Quais os ângulos de enfoque? Ademais, quais os resultados que daí advirão? Estudo por estudo é tarefa interessante, mas nem sempre produtivo.

Analisemos, pois, o que é fazer tal tipo de perquirição.

## 2 COMO ANALISAR A HISTÓRIA? WALTER BENJAMIN E CASTORIADIS

Diz Walter Benjamim: “*Articular historicamente o passado não significa reconhecê-lo ‘tal como ele foi’.* Significa apoderarmo-nos de uma recordação quando ela surge como um clarão num momento de perigo” (**O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica, 2002. p. 11).

Notável sua imagem sobre o *anjo da história*. Transcrevo:

*Há um quadro de Klee intitulado Angelus Novus. Representa um anjo que parece preparar-se para se afastar de qualquer coisa que olha fixamente. Tem os olhos esbugalhados, a boca escancarada e as asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Voltou o rosto para o passado. A cadeia de fatos que aparece diante dos nossos olhos é para ela uma catástrofe sem fim, que incessantemente acumula ruínas sobre ruínas e lhas lança aos pés. Ele gostaria de parar para acordar os mortos e reconstituir, a partir dos seus fragmentos, aquilo que foi destruído. Mas do paraíso sopra um vendaval que se enrodilha nas suas asas, e que é tão forte que o anjo já não as consegue fechar. Esse vendaval arrasta-o imparavelmente para o futuro, a que ele volta das costas, enquanto o monte de ruínas à sua frente cresce até o céu. Aqui, ao que chamamos progresso é este vendaval (BENJAMIN, Walter. *Op. cit.*, p. 14).*

A dura análise não nos dá um critério. Pior ainda é a indagação de Cornelius Castoriadis: “qual relação, ainda que passiva, podemos ter com o passado?” (**Ce qui fai la Grèce**. Seuil, 2004. p. 47). Em seguida o autor nos dá alguns critérios de análise daquilo que já foi. Há hipóteses: a) analisar as coisas tal como efetivamente se passaram; b) analisar do ângulo marxista e ressaltar quais os efeitos econômicos que resultaram de determinada situação; c) analisar quais os significados que *todas* as mudanças ocasionaram na sociedade; d) restituir os significados e as instituições à sociedade, à época em que os fatos se passaram.

Por outra: temos que indagar o que se quer analisar?

Assim, dentro do contexto do objeto da provocação, temos que fazer uma análise global. As instituições passaram a funcionar melhor? Houve adaptação dos agentes públicos à nova lei? Houve avanço no controle das contas públicas? A sociedade melhorou? Os gastos públicos foram melhor

realizados? Os governantes passaram a ter conduta melhor? Eliminou-se ou diminuiu a corrupção no exercício de cargos e mandatos? Melhoraram os serviços públicos? As dívidas públicas foram equacionadas? Os aumentos dados aos servidores públicos guardaram pertinência com os montantes arrecadados? Os orçamentos foram cumpridos? Teria havido uma sobrecarga de decoro e decência social a que se refere Kant (“Ideias sobre uma história universal, do ponto de vista de um cidadão do mundo”)?

A resposta a tais questões demandaria imensa análise e de maneira eclética, ou seja, de diversos ângulos de visão. Não há espaço aqui para fazê-lo. O que resta?

Olhar para o passado e vê-lo em ruínas, como fez o *anjo da história*. Olhar para o futuro e saber das melhorias que a Lei de Responsabilidade Fiscal poderá trazer. Vivenciar o presente e saber que, sem embargo dos avanços, todos os desvios de recursos ocorreram durante sua vigência.

Pode-se afirmar, pois, que mecanismos de controle existem. São inúmeros e diversos, como se verá, mas o que o anjo vê é *uma catástrofe sem fim* mencionada por Walter Benjamin.

Desempenhemo-nos da tarefa de analisar a lei, suas perspectivas e seus desafios, mas sabendo, de antemão, que ela é aplicada por seres humanos com todas suas virtudes e seus defeitos. Não há como se efetuar um estudo sobre suas consequências, sem saber a que povo ela se destina e quem são seus aplicadores.

Vejamos o que pretendeu a Lei Complementar 101/00, conhecer seu texto e estudar o que restou dela.

### 3 O TEOR DA ADI 2238

O primeiro argumento de que se utilizaram os autores foi o de que não tendo retornado à Câmara dos Deputados a matéria aprovada no Senado, haveria quebra do preceito constitucional previsto no parágrafo único do art. 65 que determina a reapreciação de matéria *emendada* pela Casa Revisora.

Se o argumento fosse acolhido pela Suprema Corte a íntegra da lei estaria invalidada. Ocorre que o julgamento deu por válida a aprovação, sem o retorno, porque a obrigatoriedade apenas ocorre quando se criar *proposição nova*. A saber, se o comando jurídico for modificado, impõe-se a revisão. Caso contrário, quando se cuidar de emenda de *redação* apenas para adaptar o texto à inteligência da lei, o retorno à Casa iniciadora não se aplica.

Rejeitado o argumento, *salvou-se* a lei.

Restava, na seqüência que fossem apreciados outros argumentos de invalidação. Outro fundamento foi o de que a lei aprovada não houvera regu-

lado em sua integralidade o art. 163 da Constituição Federal. Teriam sido regulamentados apenas os incs. I e II do art. 163, sem menção aos incs. VI e VII do mesmo artigo.

O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que as *matérias* disciplinadas são diversas. O art. 163 cuida de finanças públicas. Outra coisa diz respeito ao sistema financeiro nacional. Não há necessidade de que apenas uma lei regulamente toda a matéria. Mesmo porque são perfeitamente separadas.

O argumento não impressionou a Corte que o rejeitou.

A partir daí a ação propunha a inconstitucionalidade quase todos os artigos e incisos da lei tivessem sido impugnados, apenas alguns desse vício padeciam, como se verá.

O acórdão terminou por indeferir a arguição de inconstitucionalidade formal da lei.

Alguns dispositivos foram declarados inconstitucionais, a saber, aqueles que invadiam competência de outro poder, basicamente. Exemplo típico foi o do § 3º do art. 9º que autorizava o Poder Executivo, na ausência de providências do Judiciário e do Ministério Público de efetuarem limitação de valores financeiros, que seria recomendado pelo Poder Executivo, caberia a este efetuar a redução.

Entendeu-se de evidente invasão pelo Executivo na esfera íntima do Judiciário e do Ministério Público que têm competência constitucional originária para disciplinar seus recursos.

Outro dispositivo retirado do texto foi o § 2º do art. 12 da lei, por incompatibilidade vertical com o inc. III do art. 167 da Constituição Federal. É que há proibição para realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital.

O inc. II do art. 14 igualmente sofreu restrição por parte da Suprema Corte por hostilizar o inc. III do art. 167 porque limita a competência dos entes federativos. As restrições impostas aos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal só podem encontrar repouso na própria Constituição e jamais em texto de lei complementar. Assim, não pode haver limitação de elevação de alíquotas, ampliação de base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição, como estava previsto.

Inc. II do art. 21 da lei igualmente foi declarado inconstitucional pela Colenda Corte, por contrariar o art. 169 da Constituição.

Outros dispositivos igualmente foram subtraídos do texto original e declarados inconstitucionais.

O § 1º do art. 23 igualmente foi suprimido pela Corte Constitucional na medida em que impunha redução de valores pagos a servidores públicos, o que contraria o disposto no art. 169 da Constituição.

Ocorre, no entanto, que a lei resultou íntegra.

#### 4 O TEXTO REMANESCENTE

Pouco será louvar os méritos da lei ora comentada. Entrou, então, em vigor e passou a disciplinar as finanças das três esferas federativas e também a vida de entidades governamentais. Todos estão obrigados a seus dispositivos.

As determinações constantes da lei impuseram disciplina na conduta dos governantes. Artigo fundante e considerado *cláusula de ouro* das finanças públicas é a limitação de despesas com servidores públicos em face das receitas obtidas.

Em primeiro lugar, dê-se relevo ao disposto no art. 15 que considera não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17. Com tal providência, tornou-se imperiosa a realização de prospecção da disponibilidade de recursos.

Não pode o governante conceder qualquer aumento de vencimentos aos servidores se não houver levantamento do montante das despesas não apenas para o exercício para os exercícios seguintes.

Da mesma forma, não pode conceder aumento de vencimentos no último período final do mandato. Regra de fundamental importância, pois era comum ouvir-se: “quebro o governo, mas elejo o sucessor”. Evidente que tal bravata significa impor danos ao erário público, moer as finanças, com a finalidade exclusiva e fruto da vaidade pessoal do governante em eleger seu sucessor. Não só isso, mas estará presente também a inviabilidade de o eleito efetuar qualquer *devassa* nos cofres do sucedido para analisar os desmandos praticados. Comprado está o silêncio do governante que conviverá com todos os desmandos da Administração anterior.

Há apenas um sentido na importância do regramento legal. Como diz Nietzsche em “Aurora”, aforismo 112: “*Assim nascem os direitos: graus de poder reconhecidos e assegurados. Se as relações de poder mudam substancialmente, direitos desaparecem e surgem outros – é o que mostra o direito dos povos em seu constante desaparecer e surgir*”.

Ora, a situação impunha uma ação do Poder Público em limitar os desmandos do administrador. Este, alienado do que se rotula “coisa pública”, agia de forma a atender a si e a seus apaniguados. De repente, a fermentação



das ideais impõe uma nova solução na gestão dos gastos públicos. Surge a lei e se impõe ao mundo jurídico por sua notória intenção de colocar boa ordem na gestão financeira.

A resistência dos partidos de oposição era natural. Quanto pior, melhor, diz o refrão político oposicionista. Não se diz, mas torce-se para que as coisas piores. Daí o ingresso dos partidos políticos no campo jurisdicional para postular a anulação da lei.

Esta, no entanto, restou salva e terá, sem dúvida, vigência duradoura.

Seus efeitos se fizeram sentir logo. As Administrações de Estados-membros e Municípios que despendiam com servidores públicos mais do que o total dos gastos anuais, viram-se constrangidos a reduzi-los aos limites legais. É verdade que a lei estabeleceu um prazo para sua vigência. Assim, todos os entes federativos foram obrigados a reduzir seus gastos com servidores.

Isso foi de essencial importância na boa gestão financeira das entidades políticas.

## 5 A ÉTICA NA GESTÃO PÚBLICA. ARISTÓTELES

Logo ao início de sua “Ética a Nicômaco”, Aristóteles explica que todo o processo civilizatório anseia pelo *bem* (livro 1). “É por isso que tem sido dito acertadamente que o bem é aquilo por que tudo anseia”. Então, tudo se dirige ao “bem supremo” (Livro I, n. 2). Assim, a perícia política “visa atingir bem como sobre o qual será o mais extremo dos bens susceptível de ser obtido pela ação humana” (Livro I, n. 4).

Na definição do estagirita, a ação do ser humano deve ser dirigida pela excelência ou disposição de caráter escolhida antecipadamente (Livro II, 7, n. 1107 a). Daí o sentido que dá à Justiça como sendo a “*disposição do caráter a partir da qual os homens agem justamente, ou seja, é o fundamento das ações justas e o que os faz ansiar pelo que é justo*” (Livro V, n. 1, 1129, a 10).

A lei veio em boa hora para reprimir desmandos e corrupção que grassava nos meios administrativos e políticos. Padrões internacionais de boa governança deveriam ser seguidos.

Daí se estabeleceu que as leis orçamentárias deveriam ser rigorosamente cumpridas.

Havia uma cultura de que o bem público servia apenas para discurso. Os governantes não se importam a forma nem os meios de vencer uma eleição. O que importava era a eleição a qualquer custo. A ética era irrelevante.

As campanhas se faziam, então, de forma totalmente arbitrária. Currais eleitorais, cabos remunerados, compra de votos, fraude na apuração. Tudo valia. Mas, o *bem supremo* aristotélico era ignorado e desprezado.

Sabidamente, as paixões movem os homens, mesmo que tenham a melhor das leis. Vejamos como isso se comporta.

## 6 AS IMPOSIÇÕES LEGAIS E AS PAIXÕES

Embora fosse desnecessário, mas a lei estabeleceu uma série de providências que, a ser aplicada a Constituição Federal, deveriam ser cumpridas por si sós. O texto constituição é bastante rico (veja-se o art. 37) na imposição de seriedade na gestão pública. Ocorre que estamos lidando com seres humanos.

O humano é um ser movido por afetos. Diariamente vê-se em contato com o mundo. Este o toca a todo instante. Da mesma forma, depara-se com o *outro* em sua vida e com ele é obrigado a conviver. O homem reage a tudo isso. É movido pelos sentimentos que afloram a cada instante. É atingido das mais diversas formas. Poderíamos elaborar uma análise dos sentimentos à luz de Tomás de Aquino que elaborou notável estudo sobre as paixões (“Suma Teológica”, v. III), de Spinoza em sua “Ética”, de Stuart Mill (“Teoria dos sentimentos morais”), de Hume (“Tratado da natureza humana”), de Schopenhauer (“O mundo como vontade e representação”) ou dos grandes estudiosos da alma (Freud, Jung e Lacan) e porque não dizer de Sartre.

O direito só pode ser aplicado quando ao comportamento captado pela norma vem ligado a uma sanção pelo descumprimento da conduta querida (Hans Kelsen teorizou notavelmente sobre isso em “Teoria pura do direito”). Não há norma sem sanção. Ao preceito está ligada uma consequência.

Isso se dá por força da conduta dos seres humanos, sempre tendente a não cumprir a norma.

É verdade que o ser humano é dotado de livre arbítrio, não na forma bíblica de escolha da prática do pecado original, mas do uso racional para efetuar escolhas (embora o uso da razão seja negado por grandes nomes da filosofia, tal como Nietzsche, Schopenhauer e Hume).

Sem entrar, no entanto, na discussão do uso racional das escolhas, a verdade é que o homem se vê tentado, tal como Eva no paraíso, a descumprir a norma. E a descumprir frequentemente. Quando é pego em flagrante ou quando se descobre seu comportamento ilegal e corrupto, nega o fato. Prática comum na política brasileira. Ninguém sabe de nada.

A verdade é que o homem é um ser apaixonado e, como tal, age no exercício da coisa pública. Não está imune a ser tangenciado por sentimentos nobre ou não.

Por vezes, toca-o a solidariedade e a comiseração quando busca atender aos mais pobres e fazer com que as verbas públicas a eles sejam destinadas. Mas, nem sempre isso ocorre e o homem se desvia da virtude (Aristóteles ou nosso querido Rui Barbosa em frase notável – “*De tanto ver triunfar as nulidades...o homem chega a desanimar da honra e a ter vergonha de ser honesto*”).

A lei, no entanto, sabedora de que há *o sentidor e o sentente* (Guimarães Rosa, “Grande sertão, veredas”) estabeleceu normas rígidas e de cumprimento obrigatório, com previsão de sanções administrativas, civis e penais para os infratores.

O direito é visto a partir de Kant e de Kelsen como um conjunto de princípios e regras que disciplina o comportamento humano. Se fosse somente isso, qualquer conjunto seria direito e seria confundido com a lei. Seria o estado de legalidade, mas não o de legitimidade. Tal acréscimo significa que se pode falar em norma boa ou má, de forma a garantir os direitos mais íntimos e sagrados do homem. Não se confundindo o conceito de legalidade (estrito advento de leis) com o de legitimidade (conjunto de leis que garante o estado de direito pelo enobrecimento do homem), a modernidade busca garantir a inviolabilidade dos denominados direitos humanos.

O dogmatismo significa retirar da Constituição algum conceito, dando-lhe maior densidade valorativa e, então, descobrir que se pode amparar o ser humano de alguma forma. O dogmático brinca com relações meramente formais, isto é, conecta o dispositivo constitucional com outro legal e, eventualmente, outro sub-legal, retirando, daí, significado juridicamente aproveitável.

Por vezes, ambos buscam na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal algo de novo (aborto, uso de células tronco, infidelidade partidária, percentual de despesa condominial, ausência de norma reguladora do pagamento de royalties, etc.) e faz seu comentário, seguindo a orientação anglo-saxônica.

O direito como dimensão cultural só pode ser analisado à luz dos sentimentos humanos.

Desde Freud o homem é visto como um ser pulsional, isto é, cheio de sentimentos que vão do amor ao ódio. O homem não nasce à imagem do criador. O homem é o que é. Cada qual é diferente do outro. A humanidade é, pois, absolutamente desigual. Tornar a todos iguais é irreal. Trata-los de

forma igual também não é real. Pode ser romântico ou cristão, mas não reconhece, em cada qual, as desigualdades de que são formados.

O *id* freudiano é um desconhecido que tem toda sorte de impulsos. Com a repressão nasce a civilização. A repressão recai sobre os impulsos, para torná-los passíveis de convivência. O homem que cede a seus sentimentos pode agredir a moral média, que é fruto, dizem, de consenso. Daí a repressão para que se enquadre nos padrões éticos vigentes.

Como não se consegue reprimir os impulsos através de controle interno do próprio ser humano, a sociedade o faz. Daí podem nascer o recalçado e o neurótico. Para o equilíbrio, surgem códigos de valores e a crença em outro mundo. A comparação com valores ideais é que vai servir de contraste para o domínio dos humanos.

Se pensarmos o ser humano apenas como humano, tem ele a substância igual a tudo na terra. Tudo é uma substância. Cada animal, vegetal ou as demais coisas, cada uma tem sua substância. Assim, a evolução vai alterando as coisas e, inclusive, o homem. A natureza tem sua alteração constante e disforme. O mundo é o caos e prossegue com o caos. Cada coisa existe por si mesmo.

Se for assim, o ser humano é tocado pelo mundo e toca o mundo a todo instante. Vive, pois, em constante alteração. A cada minuto já não é mais o mesmo, como diria Heráclito, um dos filósofos gregos. Como veio ao mundo, tem que viver. Não pode renunciar à vida. Se crer em um mundo superior (de ideia, de deuses ou de deus, etc.) então passa a vida a buscar esse outro mundo e fazer por merecê-lo. Daí ser obediente a padrões de comportamentos que lhe são ditados não por sua vida, mas pela vida dos outros. Esta são as normas editadas pelo Estado e que devem ser cumpridas.

Se imaginar que tem que viver, deve manter-se cheio de vida. No entanto, é movido por seus apetites, desejos e vontades. É natural que o homem queira aquilo que manda seus sentimentos. O desejo é sua própria essência. Como não quer sofrer, busca alegria. Quando passa frio, busca o calor. Quando quer ter as coisas, assume o consumismo (própria dos dias atuais).

De qualquer maneira, se não assumir um mundo ideal (alguma religião) vê-se massacrado pela vida. Fica só (a vida lhe dá náusea – Sartre). Então, pode ter sentimentos contraditórios e sentir o pessimismo à Schopenhauer. É que o homem não consegue refrear os afetos, como afirma Spinoza.

Diante de tal perspectiva (de se sentir só, de ter desejos que ficam reprimidos, de eventualmente não crer na religião e num mundo pós morte) é que o homem se junta em sociedade. Não da maneira romântica pensada por Hobbes, Rousseau e Locke. O pacto social não decorre do movimento aní-

mico de todos, em determinada ocasião, e efetuam uma renúncia de sua natureza para conviver em sociedade. O Estado não nasce de tal maneira. Ao contrário, o Estado nasce de conflitos, de conquistas, da guerra.

Não há uma ruptura do homem na natureza com o homem civilizado, de forma de um era o selvagem e passa a ser o civilizado em golpe estratégico de inteligência. Ao contrário, as tribos de outrora eram guerreiras que impunham a dominação sobre as outras. Quem era mais forte vencia e impunha seu modo de vida. Nascem estados, costumes, morais, etc. Era a lei do mais forte. Daí Hobbes ter dito que “o homem é o lobo do homem”. Grande verdade.

Como se pode entrever, o direito não mais é visto como mero conjunto de normas, mas como instrumento de dominação. O poder, que no estado de natureza era o direito de matar, passa a ser o direito de manter vivo. O poder no estágio primário era a força bruta e passa a ser dominação disfarçada.

O Estado, em tal situação, não mais é apenas decomposto em seus elementos (território, povo e governo), mas visto como o estado-governante, isto é, aquele que titulariza interesses dos outros. É que os conquistou. A conquista pode ter ocorrido na Idade Média ou em decorrência das Grandes Guerras, pela força que se materializa em tratados. Modernamente, o Estado significa o domínio do vencedor que impõe suas regras. Ou é a mera imposição da vontade do vencedor ou a vontade dos fracos que se organizam para dominar o mais forte. É o que se vê nas grandes comunidades de países que se organizam (União Europeia, Alca, tigres asiáticos) para dominar economicamente os outros (China).

O direito passa a significar a maneira “civilizada” de regulamentar a guerra. Daí por que o Estado é o titular da violência. Exatamente para poder impor seus valores (aqueles que a classe dominante quer). A lei não é a expressão da vontade comum e imposta à obediência de todos. É simplesmente a concretização da não violência.

O homem em estado natural tem seus impulsos, como se viu e não abre mão deles. Simplesmente se submete (*pactum subjectionis*) ao mais forte ou o mais forte que sucumbe ante a união dos fracos. Clausewitz quem afirmou que a guerra não passa da política continuada por outros meios.

A relação jurídica hoje outra coisa não significa senão a relação de dominação-sujeição. Toda lei reflete uma dessas relações. Seja condominial, seja familiar, contratual, tributária, penal, etc. Todo relacionamento é impositivo e prevê sanções para o descumprimento do preceito.

Como é importante que a população não sinta tal sujeição, instituiu-se a violência simbólica (Bourdieu), isto é, as pessoas podem votar, ser

votadas, sujeitam-se ao salário mínimo, receberem vencimentos incompatíveis, não terem saúde ou ensino de qualidade, mas pensam que serão satisfeitas e que seus filhos alcançarão tais bens. Vivem com liberdade (ainda que a sociedade não seja democrática), pensam que as instituições estão funcionando a contento, mas não têm uma sociedade democratizada e de pleno amparo aos anseios. Ficam na ilusão.

Ocorre que se não se mantiverem como rebanho (expressão de Nietzsche) sofrerão repressão. Se começarem a fazer passeatas de reivindicação, sentirão o peso dos cassetetes. Se buscarem alterar a ordem política, serão reprimidas. Têm que se comportar.

Veja-se, pois, que a ordem é manter o rebanho unido através do direito. Neste sentido é que se diz que o direito é mera dominação através de códigos de persuasão. Nem por outro motivo é que a política outra coisa não significa senão a captação da vontade através de signos (liberdade, honestidade, direitos humanos, igualdade, etc.), ainda que estes nunca se realizem.

O poder então é alcançado por aqueles que possuem a melhor estratégia (valores, códigos, mensagens midiáticas, etc.) de conquista.

Se é assim, como se aceitar que o direito nas escolas seja dado como era nos séculos anteriores? Mera repetição de lições vetustas, desconectadas com a vida real, com a vida vivida nas ruas ou descoberta nos bastidores.

Como disse Marcuse, nossa civilização “em termos genéticos, está fundada na supressão dos instintos”. É verdade. Grande verdade. É o homem que vem sendo reprimido e iludido com o valor de sua posição social, de sua família, de sua segurança, etc. É o homem que se deixa marcar na porteira, com o ferro da igualdade para integrar o grande gado humano.

Em suma, o direito romântico é importante e deve ser estudado para se compreender a estrutura do Estado e seu desenvolvimento, seja inclusive no Judiciário, que é o mais importante dos órgãos institucionais de repressão. No entanto, não se pode olvidar que o direito não é apenas a estrutura, mas a essência, isto é, a gênese da dominação dos instintos.

A guerra existe em todos os atos sociais e jurídicos e é o instrumento da dominação. Em tal passo, o direito funciona também como instrumento de dominação, porque mantém subjugados homens e mulheres que não venceram a guerra. O vencedor impõe sua verdade (Nietzsche) e suas regras bem como as sanções em caso de infração. As ideologias, neste passo, são fortes modos de captação da vontade ou da sensibilidade das pessoas. Servem de estratégias para obtenção do poder.

Foucault ensinava que o problema é de estratégia. Seja dos professores que buscam dominar o aluno (através de seu conhecimento repetitivo de doutrina e jurisprudência ou dos códigos) seja dos alunos que devem uti-

lizar a mesma estratégia (a busca do saber e a união dos mais fracos para dominar o mais forte) para que o professor saia do texto e sinta a vida.

O homem busca a alegria em contato com o mundo. Este nem sempre é amigo. Por vezes prepara decepções, dor, tristeza. O homem busca superar tais desencontros não pela fuga ou pela ilusão, mas pelo enfrentamento das tristezas, fazendo assim a intensa vida.

A universidade deve estar preparada para orientar os alunos não apenas a conter seus desejos para permitir a convivência social, mas para adaptar a expansão dos desejos aos encontros dolorosos.

A busca pelo conhecimento jurídico passa, também, pela leitura de autores que não são apenas dogmáticos, mas que podem trazer ao aluno notícias de fatos outros que são jurígenos, mas que não se colhem nas aulas formais.

O direito é paixão. O direito é vida. Vida vivida nas ruas, nos cárceres, nos laboratórios, na família, no comércio, nas discussões, no parlamento, no executivo, no judiciário. O direito é tudo isso. Motivo pelo qual a teoria das paixões não pode ficar fora do ensino jurídico.

Da mesma forma, dessacralizou-se o mito para a introdução de outro ente sagrado, ou seja, o dinheiro. Este é que comanda a sociedade, hoje. Como deixar seu estudo, em todas as suas formas, de lado? Não sob o aspecto da leitura dos contratos, dos tratados, do direito cambial, mas da estrutura de dominação que está por trás. O dinheiro comanda as grandes corrupções. O dinheiro seduz a tudo e todos. Como desconhecer, hoje, este poderoso instrumento de dominação?

Veja-se como tudo é paixão (no sentido amplo da palavra em relação aos instintos) que deve imperar na análise do fato jurídico que enseja a incidência da norma. Não apenas do ângulo da subsunção, mas do aspecto do que está hipostasiado no fato empírico.

O direito, pois, não deve ser visto como mera forma. É guerra, dominação, poder e estratégia.

Sem uma análise de como funcionam as *estruturas humanas* não há como se analisar a *estrutura financeira*. Um dos grandes signos do mundo é o dinheiro e este move tudo. Modernamente, os homens são dirigidos por um capital extremamente

As boas intenções, o interesse do povo, a coisa pública, a pátria, os valores básicos de uma sociedade já foram superados por individualismo, sobrevivência pessoal e familiar, egoísmos, etc.

Apenas em tal confronto é que é possível a análise da Lei Responsabilidade Fiscal.

Vejamos quais os resultados de tal colocação.

## 7 O RESULTADO ATUAL DA VIGÊNCIA

A rigor, dever-se-ia estabelecer um planejamento financeiro. Isso é feito, mas apenas no papel. O Plano Plurianual deve estabelecer o que se irá fazer no período de quatro anos (o segundo da gestão do governante empossado até o primeiro do governante seguinte). A Lei de Diretrizes Orçamentárias, a mais importante das leis orçamentárias, deve estabelecer parâmetros de gastos, direção dos rumos que o governo deverá ter e acicatar o governante a segui-la na programação da Lei Orçamentária Anual.

*Existência de leis.* É como se diz entre nós. Leis existem, falta executá-las. Bobbio já nos disse que os direitos estão amplamente estabelecidos nos diversos diplomas legais, resta garantir o exercício dos direitos. Mas, numa sociedade desigual, as soluções são difíceis. Em termos de direito financeiro, mais difícil ainda é pensar isso em Estado federal, em que as competências estão distribuídas entre entes federativos. Os conflitos que surgem entre os diversos Estados-membros são coexistentes à repartição de competências.

*O planejamento.* Ainda hoje não se vê *planejamento efetivo*. Os governos simplesmente buscam saber quais os recursos disponíveis (previsão de receitas, como diz a Constituição) e estabelecem os gastos (fixação de despesas) sem atentar a uma prioridade de gastos tal como determinado na Constituição Federal. A previsão é aleatória e na decisão prevalecem os sentimentos, os desejos de grupos, atendimento a corporações ligadas ao governo, áreas em que os cabos eleitorais estão presentes (governadores ligados ao Presidente ou prefeitos ligados aos governadores). A distribuição continua sendo política e não técnica.

Justifica-se: a lei existe, é rigorosa, veio para ficar, mas não logrou combater ou restringir a maldade humana (Goethe bem exemplifica no tomo II de “Fausto” como foi este dominado por Mefistófeles que fez surgir dinheiro do Imperador e garantir a emissão de títulos, prometendo pagamento e dando como garantia ouro ainda não extraído).

Aí, a lei falha. Mas, nem pode ser precisa e exaustiva a ponto de eliminar a discricionariedade política do governante. Este tem fins a atender. Escolhe-os de forma personalizada. Cercado de técnicos, que não têm poder decisório, mas meramente opinativo.

Não é que a lei é falha, corrija-se. É que o homem é imperfeito e carrega seus sentimentos para suas decisões, nem sempre racionais, mas afetivas.

O planejamento, então, fraqueja. Nesse passo, os 15 anos são insuficientes e outros 100 ainda serão.



*O equilíbrio.* Já mencionados as restrições com o pagamento de serviços e o respeito aos tetos estabelecidos em percentuais na lei.

Também de se louvar o saneamento nas dívidas de Estados e Municípios e empresas a ele ligadas. Embora não adviesse da lei a ordem para limitação de gastos, porque cabe (e cabia) ao Senado estabelecer os limites de endividamento (art. 62 da Constituição Federal). Mas, de qualquer forma, os agentes públicos passaram a agir melhor.

Resta, no entanto, a União dar o exemplo e encaminhar projeto de lei para estabelecimento dos limites de seu próprio endividamento.

*Incentivos fiscais.* Avançamos também no estabelecimento de limitações aos incentivos fiscais. A prestação efetiva das contas, os limites de endividamento, a proibição de transferências de receitas voluntárias a quem esteja descumprindo preceitos da lei orçamentária impuseram restrição inteligente ao gasto público.

O governante, agora, tem que ser como a mulher de Cesar. Ser obediente à lei e provar que é. Limites e prazos são impostos.

*O final de mandato.* Excelente norma veio estabelecer restrição ao governante em final de mandato. Não pode, nos oito meses finais do último exercício financeiro estabelecer qualquer despesa que não possa ser satisfeita no mesmo exercício.

Era comum ao governante que saia e, para se proteger e evitar que o governante futuro fosse seu inimigo e pudesse questionar suas contas e sua administração, “quebrasse o Estado, mas fizesse seu sucessor”. Gesto tresloucado e traquinas. Insensato, imponderado e doidivanas.

As antigas operações AROS, ou seja Antecipação de Receita Orçamentária, foram proibidas.

Nenhum aumento para os servidores públicos pode ocorrer em nos últimos seis meses de mandato. Era a regra. Agora, absolutamente vedado.

*Conselho de Gestão Fiscal.* Falha inadmissível. A previsão do art. 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal seria de mister. Apenas a União deixou de fazê-lo.

Não seria o caso de chamar a Presidente à responsabilidade fiscal por força de sua omissão?

*Repactuação de dívidas.* Havia restrição a aumento de dívidas e os percentuais eram rigorosamente obedecidos. No entanto, a Lei Complementar 148/14 escolheu com cláusula importante de limites na assunção de débitos. É que houve previsão de repactuação de dívidas estaduais e municipais. Quebra violenta na Lei de Responsabilidade Fiscal.

*Prestação de contas e anexos fiscais.* Importante inovação adveio com a lei e tem sido bússola importante no controle das contas públicas. Não apenas as contas devem ser prestadas periodicamente, mas também os anexos de risco e de metas devem ser explicitados pelo gestor.

Permite-se, assim, que a população, através da sociedade organizada, possa controlar a periodicidade e a exatidão dos gastos públicos.

Difícilmente isso acontece, por força da comodidade da população. Mas, criaram-se mecanismos possíveis de controle, o que é avanço. Instrumentos foram dados. Se são exercidos ou não é outra coisa.

*Divulgação eletrônica das contas.* Da mesma forma, a divulgação dos gastos vem de encontro a pretensões da sociedade civil no sentido de ter acesso ao andamento das contas públicas. Agora, o instrumento foi dado. Resta exercê-lo.

Aliás, a norma já era eficaz anteriormente, por força da dicção do inc. XXXIII do art. 5º da Constituição Federal ao dispor que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral*”. Como disse Bobbio, normas há, resta executá-las e exercer os direitos já consagrados.

*O exercício da cidadania.* É verdade que poucos os exercerão, mas os direitos estão assegurados. O que vale é que a lei estimula o desempenho da sociedade organizada.

Não se está falando da *massa* populacional enquanto tal. Esta é mera massa de manobra. Os governantes apreciam mantê-la à distância da educação e da cultura, para que não possam atrapalhar os trambiques que se fazem na Administração Pública.

De outro lado, no entanto, há a chamada sociedade civil que é organizada, seja pela consciência da cidadania, seja pela criação de entidades não governamentais através das quais atua na fiscalização dos atos governamentais. São entidades importantíssimas e que podem criar dificuldades ao governante em seus desmandos.

Poucos são os que se habilitam a participar ativamente em tais organizações. Mas, deveria haver um chamado geral para que todos se filiassem e passassem a exercer uma fiscalização efetiva sobre o orçamento, despesas e receitas. Apenas com tal chamado é que se pode evitar o que ocorreu e ocorre no Brasil: o comando da corrupção que grassa em todos os órgãos públicos. Sem exceção.

*Mudança de comportamento. O Ministério Público.* Sem dúvida, houve mudança de comportamento do gestor público. Deixou de ter a liberdade absoluta de lidar com a coisa pública, talvez provinda da falta de informações e de participação que foram vedadas no período da ditadura mili-

tar. A falta de informações, o risco de diálogo com militares, o medo da discussão, a fragilidade na participação, tudo levou a um afastamento dos interesses públicos.

Com o retorno da democracia e o advento da Constituição de 1998 fizeram com que o brasileiro respirasse liberdade e se desse ao luxo de tentar participar. Não só isso, mas o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal obriga o agente público a trabalhar melhor.

Quanto menos não fosse, por medo da atuação do Ministério Público que, reestruturado, passou a intervir decisivamente na atuação dos agentes políticos. Os temíveis TACS põem à evidência o temor dos prefeitos, governadores e presidentes de Câmaras e de Assembleias. Enfim, o órgão ou agente que autoriza a despesa passou a ter nova importância e novas responsabilidades.

*Participação dos Estados na carga tributária nacional.* Entre 1960 a 1980 a participação de Estados passou por fase de decréscimo. Em seguida, entrou em fase de estagnação para lograr aumento.

O que ocorre, na verdade, é uma *visão caolha sobre o federalismo*. Como tivemos a construção do regime federativo em nosso país diversamente de outros lugares em que houve a desconcentração de poderes, o Brasil sempre teve figurino de Estado unitário. De colônia passamos a reino unido, a Império e, pois, todos os poderes estavam unificados em uma só figura de governante. Com a criação da República Federativa, os poderes continuaram em mãos do governante federal.

Assim, os Estados-membros nasceram e cresceram fracos. A força política se reveste de possibilidade de eleição dos governantes e pela autonomia financeira. Sem essa, remanesce a dependência do poder central.

Em relação aos Estados-membros não há qualquer possibilidade de aumento da carga tributária sobre a população.

*Despesas com pessoal.* A cláusula de ouro era de que não pudesse gastar mais de um percentual com os servidores. A lei impôs limites e criou sanções em caso de descumprimento. Ocorre que não se sabe bem o que foi gasto em cada Estado com o pessoal. É que surgiram dúvidas em face da *terceirização* (onde seriam lançadas as despesas), com os inativos e pensionistas.

Até hoje as dúvidas persistem. Impõe-se uma regra clara que direcione os Estados e Municípios. Pode ocorrer muito lançamento contábil para fugir dos rigores estabelecidos na lei.

*Aposentadorias precoces.* É de rigor norma que restrinja a fuga de servidores públicos em idade precoce. A Emenda Constitucional 86/15 aumentou para 75 anos a idade limite para permanência no serviço público.

Mas, apenas alcançou os Tribunais federais. A regra deve ser estendida a todos os servidores públicos. Com tal atrativo (pode-se também permitir desconto previdenciário para entusiasmar a permanência no serviço ativo) o Poder Público poderá alongar o prazo de exercício ativo e, pois, evitar engordar a folha previdenciária.

É que a aposentadoria de pessoas ainda em plena capacidade laboral implicará a abertura de novos concursos para provimentos de cargos em aberto, o que eleva a despesa com pessoal.

*Despesa com saúde e educação.* Ponto crítico que precisa de rápida intervenção do Poder Público é o montante de gastos com saúde e educação. A Constituição Federal estabeleceu percentuais de aplicação obrigatória. Ocorre que, na prática, há muita malversação e desvio de forma a prejudicar a correção de tais despesas.

*A Previdência.* Este continua sendo o calcanhar de Aquiles de qualquer política de restrição financeira. Indispensável reforma para aumentar a idade mínima e o período de contribuição das aposentadorias especiais. Devemos nos aproximar dos comandos de países de primeiro mundo, levando em conta a expectativa de vida.

*Uso dos depósitos judiciais.* Recente lei complementar editada permite que União, Estados e Municípios utilizem depósitos judiciais para pagamento de precatórios e outras dívidas.

Ora, a permissão é de risco. O mau uso de tais recursos, ao lado de serem inconstitucionais, fará que se aprofundem ainda mais o grau de endividamento de cada Estado.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. SPINOZA E CÍCERO. DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

O Brasil tem logrado avançar em termos de controle das finanças públicas. Temos, já, leis em profusão que permitem o controle das receitas e das despesas. As leis orçamentárias estão bem dispostas na Constituição Federal.

O grande problema é como cuidar com os homens e mulheres que administram as contas públicas. Leis existem em profusão. Procedimentos de controle também.

Há o *controle interno* de cada poder previsto no art. 74 da Constituição Federal. Ele existe, pois, em cada um dos poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A Lei de Responsabilidade Fiscal ainda instituiu a forma de prestação de contas e o acompanhamento efeito da execução da despesa orçamentária. Os anexos previstos (risco e metas) são importantes instrumentos de controle período da realização dos gastos.

Ao lado de tais providências que são internas a cada órgão de poder, temos o controle dos Tribunais de Contas, denominado interno.

O *controle externo* (art. 71 da Constituição Federal) é exercido pelo Tribunal de Contas, na forma do art. 71 e ss.

No interior do Poder Legislativo surge a Comissão Mista de Orçamento formada por parlamentares das duas Casas Congressuais.

Como se tal não bastasse, há o *controle jurisdicional* que tem caráter definitivo, inclusive funcionando como revisor dos demais controles.

Cada órgão de poder, portanto, institui, na forma que pretende, seu controle interno. A saber, cada despesa terá que ser controlada. Definida, politicamente, sua realização, deve ser feita a licitação, procedimento precedente à elaboração do contrato (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal). Uma vez executado o serviço, realizada a obra ou entregue a mercadoria adquirida, a despesa passa por um procedimento final de controle de liquidação e pagamento.

Vê-se, pois, que as normas estão e devem ser cumpridas.

O grande problema é quem decide pela realização da despesa nem sempre é alguém dotado de competência. Se a tiver, estará sujeita a seus fluxos dos afetos.

Como disse Freud, a *civilização nasce com a repressão*. Essa é a única forma através das quais os governos podem controlar as despesas. Não há outra. Como se viu, leis existem para todo e qualquer gosto. O que vai funcionar na hora do controle é exatamente a pessoa que está atrás da competência e que irá exercê-la.

Estão os seres humanos dominados pelos afetos. Deles não há como fugir e, pois, a ação governamental é regida e matizada por toda sorte de sentimentos (bons ou maus). A exteriorização de atos provém de circunstâncias momentâneas e incontroláveis pelos titulares de exercício de cargos e funções públicas.

Os homens são pródigos em idealizar formas de desvio de receitas públicas. Há momentos em que tal criatividade não tem limites. Pior quando formam quadrilhas para assaltar os cofres públicos como se vê na contemporânea história do Brasil. Gangues se formaram. Todas para desviarem as receitas. Do Estado e das estatais. Sem limites. Sem pejo. Bandos se organizaram para dilapidar o patrimônio público.

Quem são os culpados: os agentes ou os ofertantes? Todos é a resposta adequada. Onde há um corrupto há um agente corruptor. Logo, instituem-se verdadeiras organizações criminosas para desviar o recurso que “não é de ninguém”, “não tem dono”, como um deles já afirmou. Não se trata de corrupção, nem de apropriação indébita, nem de qualquer outro crime, porque “o dinheiro a ninguém pertence”. Pensam que se cuida do que se rotula de *ocupação* (art. 1.263 do Código Civil) ou de *descoberta* (art. 1.233 do Código Civil). no Direito Civil, ou seja, daquele que encontra um objeto qualquer e dele se apossa, tornando-se titular.

As quadrilhas poderiam alegar terem “ocupado” alguma coisa ou “descoberto” dinheiro público sem dono. Por conseguinte, não seriam responsáveis por nada e os Tribunais não teriam como condená-los.

Vergonha das vergonhas.

O problema, pois, como se disse no corpo do artigo, é a presença do ser humano a lidar e a eleger opções de despesas públicas. Normalmente, elas já são discutidas com os agentes corruptores antes de que se realizem.

É comum que o corrupto procure o agente político oferecendo-lhe uma obra, com o compromisso de obtenção do empréstimo, desde que, claro, ele realize a obra. Tudo se passa nos desvãos dos comportamentos éticos.

*Desafios e perspectivas.* O objeto do trabalho era comemorar e questionar os quinze anos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Evidente está que a norma tem inegáveis méritos e, de certa forma, equacionou o problema da boa gestão da coisa pública. Houve restrição de gastos, aumentos dados aos servidores públicos de forma responsável e dentro dos parâmetros legais, houve limitação dos empréstimos, etc., tal como se examinou no corpo do artigo.

Ocorre que o questionamento proposto pelos organizadores (os dignos professores Heleno Taveira Torres, Marcus Lívio Gomes e Marcus Abraham) vai além. Busca saber quais os desafios e as perspectivas.

Apenas diviso um problema crucial: o ser humano. Ele é o centro da controvérsia financeira.

Sistemas de controle existem e estão à disposição dos agentes políticos e públicos. Todos podem seguir a tramitação prevista em lei. Houve inequívoca melhora, mas os desvios continuam e continuarão. É do ser humano. Está ínsito no caráter de cada um. Enquanto você tem um que cumpre rigorosamente suas funções; outros não o fazem e destroem a obra construída por muitos. Como disse Cícero, “*entre todas as injustiças, nenhuma é mais hedionda do que aquela cometida por aqueles que, enquanto ludibriam com o ar mais refinado, a fazem, assim parecendo a sua ação ser própria da conduta do homem de bem*” (“Dos deveres”, n. 41).

Como disse Spinoza (“Ética à maneira dos geômetras”) o homem se vê entre duas paixões: o *medo* e a *esperança*. Esta movimenta o bom caráter e estimula os agentes a que tomem medidas apropriadas. Tem o agente a esperança de não ser apanhado em comportamentos inadequados. Estimulado, age, na esperança de que nada lhe aconteça. De outro lado, se tem medo de ser apanhado, não age e deixa incólume o erário público.

Há desafios de que os governantes possam eleger caminhos apropriados para a realização da despesa pública. Deve elegê-los no interesse da população. Devem controlar a construção das obras, a entrega das mercadorias e a prestação dos serviços. Apenas efetuar o pagamento se tudo estiver em ordem.

As perspectivas seguem no mesmo trilho. É salutar a vigência de lei de controle e de boa gestão financeira. Todos torcem para que tudo dê certo; que os governantes deixem de lado suas propostas pessoais de vida e se dediquem à causa pública acima de qualquer outra coisa; que sejam generosos, aptos, sérios e não maculem o exercício de seus cargos.

Todos desejamos o melhor. Cícero escreveu que a missão daquele que exerce cargo público tem “*seu dever salvaguardar a sua dignidade e a sua honra, observar as leis, estabelecer os direitos de cada um e ter presente na memória que à sua própria lealdade para com a república lhe foram todas estas coisas confiadas*” (“Dos deveres”, n. 124).

Poderíamos dizer que, na fala do mesmo Cícero, em outra obra,

*quando o povo sabe, ao contrário, manter suas prerrogativas, não é possível encontrar mais glória, prosperidade e liberdade, porque então permanece árbitro das leis, dos juízes, da paz, da guerra, dos tratados, da vida e da fortuna de todos e de cada um: então, ou só então, é a coisa pública coisa do povo* (“Da República”, item XXXII).

Só quando cada um, no dizer do autor, puder ou souber exercer sua cidadania é que alteraremos nosso universo. Até lá finjamos que as coisas estão bem.





# **ROYALTIES DO PETRÓLEO: A LEI NOVA É CONSTITUCIONAL. A LEI FEDERAL 12.734/12 E AS CONVENÇÕES SOBRE O DIREITO DO MAR**

*Sacha Calmon Navarro Coelho*<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. *Estados e Municípios produtores?*; 2. *O Falso Discurso*; 3. *Soberania e Territórios no Mar*; 4. *Direito aos Royalties dos Entes Subnacionais*; 5. *Sobre Quebra de Contratos*; 6. *Boa-fé Objetiva e Segurança Jurídica*; 7. *Questão Interfederativa: Questão Política*.

O Min. Marco Aurélio, pela vivência jurídica no STF, além de sua reiterada prédica pela isonomia do colegiado, merece nosso respeito e admiração. Suas posições firmes, muita vez chamando a atenção dos seus pares para a repercussão das decisões muito me agradam, reforçando a crença dos jurisdicionados na Suprema Corte do Brasil.

## **1 ESTADOS E MUNICÍPIOS PRODUTORES?**

Estados e Municípios podem ser considerados “produtores” de petróleo ou gás, quando extraídos na plataforma continental? Definitivamente, não! O mar territorial, a zona contígua, a plataforma continental e a zona de exploração econômica exclusiva são categorias de Direito Internacional Público, definidas em tratado internacional de que o Brasil é signatário.

Após tentativas frustradas de tratados multilaterais abrangentes sobre os direitos do mar, de 1958 e 1960, que definissem o território marítimo das nações vizinhas dos oceanos, sua largura e respectiva soberania, sobreveio em 1982 a Convenção das Nações Unidas sobre o “Direito do Mar”, ou,

---

<sup>1</sup> Professor titular da Faculdade de Direito UFRJ e da Faculdade de Direito da UFMG. Presidente Honorário da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF) e da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT).

simplesmente, Convenção de Montego Bay, com avanços significativos. O tratado – dividido em dezessete partes, com 320 artigos e oito anexos – conceitua e regula os institutos marítimos, cria o Tribunal Internacional do Mar e reparte os espaços marítimos em águas internas, mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e plataforma continental.

A Convenção foi assinada em 10.12.1982 em Montego Bay, na Jamaica, e entrou em vigor em âmbito internacional em 16.11.1994, doze meses após sua ratificação. Daí a edição da nossa Lei Federal 8.617, de 1993, que internalizou a Convenção, ensejando um segundo decreto de regulamentação, o Decreto 1.530, de 22.06.1995. No entanto – no que interessa considerar sobre o tema – o Congresso Nacional já havia aprovado a Convenção de Montego Bay desde 1987, por meio do Decreto Legislativo nº 5, de 9 de novembro daquele ano, o que se refletiu na Constituinte que então gestava a Constituição de 1988, ainda em vigor.

É fácil verificar a dita consonância, perpassando a evolução da matéria nas constituições brasileiras, a partir de 1946.

#### ***Constituição de 1946***

**Art. 34** – *Incluem-se entre os bens da União:*

*I – os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;*

*II – a porção de terras devolutas indispensável à defesa das fronteiras, às fortificações, construções militares e estradas de ferro.*

**Art. 35** – *Incluem-se este o Estado os lagos e rios em terrenos do seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual.*

#### ***Constituição de 1967***

**Art. 4º** – *Incluem-se entre os bens da União:*

*I – a porção de terras devolutas indispensável à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico;*

*II – os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;*

*III – a plataforma submarina;*

*(...)*

**Art. 5º** – *Incluem-se entre os bens dos Estados os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.*

#### ***Constituição de 1969***

**Art. 4º** – *Incluem-se entre os bens da União:*

*I – a porção de terras devolutas indispensável à segurança e ao desenvolvimento nacionais; II – os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, constituam limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro; as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;*

*III – a plataforma continental;*

*IV – as terras ocupadas pelos silvícolas; V – os que atualmente lhe pertencem; e*

*VI – o mar territorial.*

**Art. 5º** – *Incluem-se entre os bens dos Estados e Territórios os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascente e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior.*

(Redação dada pela Emenda Constitucional 16, de 1980)

### **Constituição de 1988**

**Art. 20** – *São bens da União:*

*I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;*

*II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;*

*III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;*

*IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional 46, de 2005)*

*V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;*

*VI – o mar territorial;*

*VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos;*

*VIII – os potenciais de energia hidráulica;*

Pois bem. Agora estamos sujeitos à limitação internacional do espaço marítimo de 1982. Antes disso, cada país declarava qual era seu território. O presidente Harry Truman, por exemplo, em 1945, proclamou a soberania dos EUA sobre seu mar territorial – que media 3 milhas, de acordo com a Teoria da bala de canhão – e sobre a Plataforma Continental (profundidade de cerca de 100 braças, ou 200 metros). No Brasil, começamos a nos interessar

*...para além das águas internas, em 1950, a partir do Decreto nº 8.840 em que o governo Dutra, inspirado na declaração de Truman, incorpora ao território brasileiro a Plataforma Continental. Com a promulgação da Constituição Federal de 1967 o tema é constitucionalizado. O mar territorial e seu limite foram fixados em 1969. Mesmo diante destas regulamentações, não há pormenorização dos territórios marítimos e nem menção acerca da soberania exercida sobre eles. Isto se deu apenas na Constituição de 1988, após a assinatura da Convenção de 1982. Mas o Brasil a assinou no momento da discussão internacional (em 1982), e, em razão disto, já tinha o dever moral de cumpri-la. O ordenamento infraconstitucional elaborou a lei 8.617/93 em que se percebe total respeito àquela Convenção<sup>2</sup>.*

## 2 O FALSO DISCURSO

Indiferente à limitação legal, a mídia nacional – ecoando o discurso político – frequentemente fala de Estados “produtores” e “não produtores” de petróleo e gás. Entretanto, quando se trata de recursos naturais da plataforma continental e da zona de exploração econômica exclusiva a terminologia é absolutamente imprópria, e falseia a repartição dos *royalties* do petróleo entre a União, Estados e Municípios. Na verdade, o Brasil não tem território, nem soberania sobre o mar da plataforma continental e do leito do oceano. Como pessoa jurídica de direito público internacional, é apenas titular da prerrogativa de explorar, com exclusividade, os recursos naturais ali existentes, segundo a Convenção Internacional em comento. E onde não há território nem soberania descabe falar em Estados produtores e não produtores.

Na técnica constitucional, a União tem bens, como os bens particulares, situados – salvo o mar territorial – em algum Estado-membro. Daí, por elementar suposição, a crença de que os bens da União estariam sempre em algum Estado e Município. Mas nem sempre...

Reza a Constituição que são bens da União, dentre outros (Art. 20), *os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva* (item V) e *o mar territorial* (item VI), os quais – salta aos olhos – situam-se fora dos Estados e de seus Municípios. Mas é pela prerrogativa de explorar os recursos naturais ali existentes que o parágrafo primeiro do artigo estabelece o discrimen:

*§ 1º – É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de*

<sup>2</sup> Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010 – Baptista Zanin. Renata

*recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.* (grifamos).

Como se vê, a participação dos Estados e Municípios se dá de duas maneiras: *primeiro*, privativamente, quando a exploração ocorrer nos respectivos territórios; e, *segundo*, em igualdade entre eles (princípio de isonomia) quando a exploração ocorrer na plataforma continental, em mar territorial ou em zona econômica exclusiva, porque não circunscritas “no respectivo território”, como ressalta o parágrafo. Do contrário, a expressão seria desnecessária.

Exemplos: (1) Os poços de petróleo terrestres no recôncavo baiano geram *royalties* para a União, o Estado da Bahia e para os Municípios onde situados. (2) O minério extraído em Congonhas do Campo, Minas Gerais, gera *royalties* para a União, o Estado de Minas Gerais e, óbvio, para o Município de Congonhas, excluídos os demais. Consequentemente, o petróleo, o gás e o minério que saem do subsolo marinho, abaixo do mar territorial, da plataforma continental ou da zona de exploração exclusiva haverão de ser repartidos entre todos os Estados e Municípios de forma igual, em nome da isonomia federativa.

Entre os bens da União, à exceção do mar territorial, não estão a plataforma continental nem a zona de exploração exclusiva, mas “apenas os recursos naturais nelas existentes”, como ensina o professor Igor Mauler Santiago (*in* Consultor Tributário, de 05.12.2012), com perspicácia.

Ora, a Lei 8.617, de 04.01.1993, define em seu art. 1º – *O mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil.* E o art. 6º complementa: *A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial.*

A plataforma continental, a seu turno, está definida no art. 11: *compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.*

Nessas paragens não há Estados nem Municípios. Andou bem, por conseguinte, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão de 2.005, assim lavrado:

*Além de ser duvidosa a juridicidade da via eleita pelo Município para obter informações sobre operações offshore da referida estatal, a liminar deferida merece reforma, de plano, porque sua concessão dependia do reconhecimento de aroma de bom direito, inexistente nos autos. As projeções territoriais das linhas demarcatórias do IBGE não tornam a plataforma marítima – em que a Petrobras exerce suas atividades exploratórias – uma extensão do território dos Municípios costeiros (grifamos).*

Como se pode concluir, a nova legislação é plenamente constitucional. E o legislador federal que fez a primeira divisão dos *royalties* entre Estados e Municípios, na exploração de petróleo e gás tirados do mar (bens da União), também pode alterar dita divisão, de acordo com os princípios de igualdade e proporcionalidade, pois isto está no domínio do poder geral de conformação do legislador.

### 3 SOBERANIA E TERRITÓRIOS NO MAR

Sobre soberania e territórios no mar cabe deixar bem assentados os conceitos de território e soberania. Quem os tem e a exerce é a República Federativa do Brasil; não, os Entes subnacionais, Estados-membros da Federação ou os municípios costeiros.

A nação exerce com naturalidade a sua soberania. Observado o respeito prévio das demais nações, os direitos se exercem quando decorrentes de Tratado ou Convenção internacional. Portanto, no tocante aos direitos do mar, cabe-nos explicitar como a Convenção de Montego Bay conceitua o mar territorial, a zona contígua, a plataforma continental e a zona de exploração econômica exclusiva.

#### **Mar Territorial**

A Convenção dispõe em seu art. 3º, que os Estados nacionais são livres para delimitar seu Mar Territorial, contanto que não ultrapassem as 12 milhas marítimas (uma milha náutica equivale a 1.853 metros). Aí os Estados nacionais exercem sua soberania, que será estendida ao espaço aéreo sobrejacente, bem como o leito e o subsolo desse mar (art. 2º, da Convenção). É obrigatória a permissão da passagem inocente, isto é, a passagem rápida e constante das embarcações e, apenas se decorrente de força maior, as paradas que constituam incidentes comuns de navegação ou impostos por motivos de força maior ou por dificuldade grave.

#### **Zona Contígua**

Esse espaço compreende uma faixa que se estende das 12 às 24 milhas marítimas. Na zona contígua, o Brasil (art. 4º da Lei 8.617 e art. 33 da

Convenção) poderá tomar as medidas de fiscalização necessárias para: I – evitar as infrações às leis e aos regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, no seu território ou no seu mar territorial; II – reprimir as infrações às leis e aos regulamentos, no seu território ou no seu mar territorial.

### **Zona Econômica Exclusiva (Parte V da Convenção e Capítulo III da Lei 8.617/93)**

A zona econômica exclusiva brasileira compreende uma faixa que se estende das 12 às 200 milhas marítimas. Nesta, o Brasil tem direitos para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não-vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos.

E no exercício de sua jurisdição tem o direito exclusivo de regulamentar a investigação científica marinha (fixando as capturas permissíveis dos recursos vivos), a proteção e preservação do meio marinho, bem como a construção, operação e uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas. Os outros Estados nacionais quer costeiros ou sem litoral, gozam das liberdades de navegação e sobrevoo e de colocação de cabos e dutos submarinos. O Estado-membro costeiro deve determinar a sua capacidade de capturar os recursos vivos da zona econômica exclusiva. E só quando o Estado-membro costeiro não tiver capacidade deve dar a outros Estados-membros acesso ao exercício da captura.

### **Plataforma Continental (Parte VI da Convenção e Capítulo IV da Lei 8.617/93)**

A plataforma continental de um Estado-membro costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância. Como nosso prolongamento natural ultrapassa as 200 milhas, o Brasil pleiteia, com base no art. 76 da Convenção, que sua Plataforma Continental continue até que este prolongamento se acabe. O pedido de alteração desse limite pré-fixado deve ser submetido à Comissão de Limites da Plataforma Continental. É importante ressaltar que o Estado nacional costeiro exerce direitos sobre esse espaço, para efeitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais, e, ainda, se ele não o

explorar ou não aproveitar esses recursos naturais, ninguém poderá fazê-lo sem o seu expresso consentimento.

O direito internacional corrobora o direito posto na Constituição. Portanto, nos espaços acima referidos, não existe Federação, Territórios estaduais ou municipais, Estados produtores ou não produtores de petróleo e gás. Existe sobranceira a República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público internacional, e a única que exerce soberania sobre o mar territorial, seu espaço aéreo e subsolo marinho e detém direitos econômicos de explorar os recursos naturais (bens da União) existentes na plataforma continental e na zona de exploração econômica exclusiva, por força da dita Convenção internacional celebrada.

#### 4 DIREITO AOS ROYALTIES DOS ENTES SUBNACIONAIS

Agora, a questão:– Como devem ser repartidos os *royalties* decorrentes da exploração de petróleo e gás, fora dos territórios estaduais e municipais?

Voltemos à Constituição, na parte que trata dos bens exclusivos da União.

**Art. 20.** *São bens da União:*

*I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;*  
*II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;*

*III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;*

*V – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;*

*V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;* (grifamos)

*VI – o mar territorial;* (grifamos)

*VII – os terrenos de marinha e seus acréscidos;*

*VIII – os potenciais de energia hidráulica;* (grifamos)

*IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;* (grifamos)

*X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;*

*XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.*



*Mas é o seu parágrafo primeiro que nos diz como deve ser feita a repartição: § 1º – É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.*

Ao que se colhe da simples leitura do texto, dois preceitos jurídicos decorrem do parágrafo acima transcrito:

Primeiro, cabe ao Congresso Nacional, sem condicionantes, determinar a participação ou a reparação de Estados e Municípios nos resultados econômicos das explorações ali mencionadas, ou deles decorrentes. Impertinente falar-se em Estados produtores ou não produtores, por inexistência nos oceanos de territórios estaduais ou municipais, nem mesmo como ficção jurídica.

Segundo, exsurtem duas sub-regras para operar a repartição entre Estados e Municípios, que são imperativas e devem ser observadas pelo Poder Legislativo infraconstitucional, mas somente uma delas impõe ao legislador operar com os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Uma é, por assim dizer, natural: quando a exploração dá-se no território (obviamente terrestre) de dado Estado e Município, a eles pertencem os *royalties*. Quando, ao invés, a exploração ocorre em lugar que não seja território de nenhum Estado ou Município – casos da plataforma continental e da zona de exploração econômica exclusivas da República do Brasil – a divisão dos *royalties* deve ser isonômica, igualitária, federativa, republicana.

Contudo, se Estados e Municípios confrontantes com a zona de exploração, ainda que distante deles, puderem sofrer danos devidamente comprovados ou previsíveis (pois há também os bônus, entre os quais investimentos privados e públicos maciços), deve o legislador agir de olhos postos nos princípios que homenageiam a razoabilidade e a proporcionalidade, destinando aos referidos Entes uma parcela adicional, comutativa, segundo critérios estatísticos bem fundamentados e não meramente pretextados aos gritos, na pura emocionalidade.

Pois foi exatamente assim – zeloso dessas condicionantes –, que operou o legislador federal na Lei 12.734/12 ao modificar a Lei 9.478/97, dando significância aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Na espécie, está em causa o poder geral de que fora investido o legislador, no plano da competência legislativa federal. Descabem, pois, os apelos ao justo ou injusto, questões meramente subjetivas. Cabe indagar, isto sim, se os critérios legais foram proporcionais, razoáveis, e atentos ao eixo

principal: a isonomia. E, em nosso entender, salvo melhor juízo, a nova lei atende perfeitamente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É só ver o quadro abaixo:

REGIMES DE PARTICIPAÇÃO DOS <i>ROYALTIES</i>		
ZONA EXPLORADA	LEI 9.478/1997 (redação anterior)	LEI 12.734/2012
Lavra em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres.	<i>Royalties</i> de até 5%	
	Estados produtores: <b>70%</b> Municípios produtores: <b>20%</b> Municípios com instalações: <b>10%</b>	Estados produtores: <b>70%</b> Municípios produtores: <b>20%</b> Municípios afetados: <b>10%</b>
	Parcela que superar os 5%	
	Estados produtores: 52,5% Municípios produtores: 15% Municípios afetados: 7,5% União: 25%	Estados produtores: 52,5% Municípios produtores: 15% Municípios afetados: 7,5% União: 25%
Plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (ZEE).	<i>Royalties</i> de até 5%	
	Estados confrontantes: 30% Municípios confrontantes: 30% Municípios com instalações: 10% União: 20% Fundo (todos, menos União): 10%	Estados confrontantes: 20% Municípios confrontantes: 17% ← Reduções até 4% (2019) Municípios afetados: 3% ← Redução para 2% (2017) União: 20% Fundo-Estados e DF: 20% → Aumentos até 27% (2019) Fundo-Municípios: 20% → Aumentos até 27% (2019)
Plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (ZEE).	Parcela que superar os 5%	
	Estados confrontantes: 22,5% Municípios confrontantes: 22,5% Municípios afetados: 7,5% União: 40% Fundo (todos, menos União): 7,5%	Estados confrontantes: 20% Municípios confrontantes: 17% ← Redução até 4% (2019) Municípios afetados: 3% ← Redução para 2% (2017) União: 20% Fundo – Estados e DF: 20% → Aumentos até 27% (2019) Fundo – Municípios: 20% → Aumentos até 27% (2019)
Participação especial.	Estados confrontantes ou produtores: 40%	Estados confrontantes ou produtores: 34%

	Municípios confrontantes ou produtores: 10% União: 50%	← Reduções até 20% (2018) Municípios confrontantes ou produtores: 5% ← Reduções até 4% (2019) Municípios afetados: 3% União: 42% → Aumentos até 46% (2016) Fundo-Estados e DF: 9,5% → Aumentos até 15% (2019) Fundo-Municípios: 9,5% → Aumentos até 15% (2019)
--	---	---

Toda alteração qualitativa em tema de isonomia, implica perdas. Contudo, a matéria é extrajurídica, devendo ser contornada politicamente, fora da alçada do Poder Judiciário.

## 5 SOBRE QUEBRA DE CONTRATOS

A redistribuição dos *royalties* operada pela Lei 12.734/12, a toda evidência, não implicou alteração dos contratos de concessão já assinados, que continuam os mesmos, tanto que deixou de impor aos contratos vigentes maiores ônus. Ora, o pagamento dos *royalties* é um “*prius*” feito à União, que depois os reparte entre os Entes federativos (“*posterius*”), sendo absolutamente falsas, demagógicas e desleais, as alegações de que o Poder Legislativo tenha ferido vitalmente a segurança jurídica. O que verdadeiramente fere a ordem jurídica são as deliberadas tentativas de querer induzir a erro nosso Judiciário, em razão da pressa e da emoção com que tem sido agitada a “*quaestio juris*”. E em suas perlongas pela inconstitucionalidade da nova lei dos *royalties*, os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo em nenhum momento comprovam suas assertivas sobre “quebra de contratos”, ou prejuízos para os concessionários do direito de explorar petróleo ou gás. Frágeis nos argumentos, perdem-se na superficialidade da questão e se atolam na deslealdade com que abusam do direito de litigar, assoberbando o Judiciário com pleitos políticos.

Mas que não se iludam. Nosso Judiciário saberá aplicar a lei. Pois a segurança jurídica dos contratos não foi ferida pelo Poder Legislativo Federal, que se mostrou obsequioso ao princípio da proporcionalidade, atento à isonomia.

## 6 BOA-FÉ OBJETIVA E SEGURANÇA JURÍDICA

Em ação direta de inconstitucionalidade, insistem os Estados in-conformados que foram violados pela nova lei os princípios da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito, da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva. Dizem que o ato legislativo (há 48 meses anunciado) teria vindo de maneira inopinada a alterar o “status quo” das respectivas unidades federadas, pois, segundo alegam, a competência legislativa da União Federal não poderia causar alterações nos orçamentos estaduais – como se se tratassem de “cláusula pétrea”! –, o que importaria em óbice ao exercício legislativo. Por fim, rejeitada a almejada inconstitucionalidade, ainda pugnam pela postergação do “dies a quo” de sua vigência/eficácia, como se o Judiciário pudesse erigir-se “sponte propria” em legislador positivo, modificando aqui e acolá o texto legislativo. E tudo em nome de uma suposta “interpretação conforme a Constituição”, pelo menos até que se revogue outro dispositivo da Constituição que prevê a imunidade das saídas interestaduais de combustíveis e lubrificantes dos Estados dotados de refinarias produtoras de derivados do petróleo... Ou seja, uma tutela “de lege ferenda”, pelo simples fato da extração do óleo em estado bruto não se sujeitar ao ICMS por falta do elemento circulação (o petróleo quando exportado está imune ao referido imposto, como os demais produtos exportados pelo país, independentemente do Estado que promova a exportação).

Frente a tamanha temeridade procedimental só nos resta reavivarmos a velha advertência de LOBÃO, do tempo das Ordenações:– “*Neste reino não há lei alguma expressa que assim o determine ou tanto admita*”.

Ora, princípios como os da boa-fé objetiva, confiança na lei e segurança jurídica assumem significativa importância no processo de aplicação das leis aos casos concretos (concreção) e na construção da jurisprudência. O programa da lei deve ser reiteradamente entendido de modo igual quando as decisões judiciais tratem de situações fáticas iguais. Os justicáveis fazem jus ao direito de celebrar seus atos com segurança jurídica, razão pela qual as mutações judiciais devem ser anunciadas com antecedência, livrando o “leading case” dos efeitos da sentença que opera a mutação, cabendo nessas hipóteses a modulação dos efeitos da coisa julgada, seguindo técnicas específicas.

Mas isso não deve ser considerado quando a mutação legislativa tenha sido discutida amplamente – há pelo menos quatro anos pelo Poder Legislativo –, como no caso dos *royalties* do petróleo.

## 7 QUESTÃO INTERFEDERATIVA: QUESTÃO POLÍTICA

É estúrdio alegar que a modificação de lei que reparte recursos, atribuição expressamente conferida ao Legislador pelo Constituinte Originá-

rio, não possa concretizar-se por ferir suposto “direito adquirido” de dado Estado-Membro da Federação ao percentual da lei revogada. É sabido que as normas constitucionais nem sempre são autoaplicáveis (*self enforcing*); muitas precisam de instrumentos infraconstitucionais para ganhar normatividade plena. No entanto, o art. 20 § 1º da Constituição é expresso ao estabelecer que a divisão dos *royalties* do petróleo, gás, recursos minerais e de potenciais hídricos será feita na “forma da lei”. Logo, é do poder geral de conformação do legislador definir como será feita a divisão, descabendo qualquer discurso em sentido contrário.

Demais disso, procuram distinguir “participação” e “compensação”. Ora, a compensação – quanta malícia! – se dá aos Municípios que tiveram imensidões de terras e vales férteis inundados para a formação de represas d’água, necessárias à geração de energia elétrica. Esses municípios não participam, são “compensados”, porquanto jamais terão de volta as suas terras férteis, assim como os proprietários superficiários de terras onde as mineradoras – que não atraem, como o petróleo e o gás, investimentos nas cidades próximas – estabelecem as suas explorações a céu aberto, poluindo pastos, areis, cidades e horizontes, como o “fino” do minério. Quem lhes dera a placidez do oceano azul.

Então, são duas as objeções a enfrentar:

Uma – A crer-se na argumentação dos Estados demandantes contra a lei nova, o equilíbrio orçamentário (em tese), ou seja, o balanço exato entre receitas de qualquer espécie e despesas supostas seria um valor absoluto e intratável, uma cláusula pétrea, obstativa de qualquer alteração legislativa no campo das receitas. Uma vez previstas em lei, jamais poderiam ser alteradas, a não ser para mais, jamais para menos. Mas em nenhuma esquina da Constituição está inscrita tal asserção legal.

Outra – Mais sério, mas não menos frágil, é o ligame entre as parcelas desproporcionais de *royalties* que esses três Estados recebem e a chamada imunidade das saídas interestaduais de petróleo, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica, lembrando que o Rio de Janeiro não tem terras alagadas, nem reservatórios significativos para a geração de energia elétrica, nem tampouco o Espírito Santo, ao contrário de Minas Gerais e Pará (caixas d’água da nação, grandes usinas de energia elétrica e extensiva mineração, com os minérios e aços imunes na exportação). Como reza a Constituição em seu art. 155, § 2º, X, “a”, o ICMS não incidirá... *sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.*

Essa “meia-imunidade” – pois nas operações internas os Estados cobram o ICMS com alíquota maior (interna) sobre a circulação de petróleo

e seus derivados, bem como da energia elétrica utilizada pelas pessoas –, em ponto algum da Constituição está ligada a maior ou menor participação de Estados e Municípios nos *royalties* do petróleo e pela utilização de recursos hídricos.

Dizer que *royalties* maiores “compensam” a meia-imunidade dos Estados que possuem hidroelétricas e refinarias não chega a ser uma meia-verdade, mas uma grossa inverdade, dita por um ou outro juiz ou comentarista “en passant”, em raras ocasiões (diga-se de passagem), mas sem nenhum efeito prático, ante o silêncio sepulcral da Constituição sobre o tema.

É só ver a lista dos Estados que possuem hidroelétricas em profundidade e refinarias no país. Neste último caso, temos que a meia-imunidade, quanto ao Rio de Janeiro, aproveita mais a outros Estados do que a ele próprio (de lembrar que a extração de petróleo em alto mar e sua chegada aos terminais portuários – sem que haja alteração de domínio da coisa – quase que totalmente da Petrobrás, naturalmente não está sujeita ao ICMS). Aqui não temos imunidade, mas absoluta ausência de fato gerador, pois extraído continua sendo propriedade da contribuinte que o extraiu. É por essa razão que o petróleo e os minérios, pelo simples fato de serem extraídos, transportados e estocados não geram ICMS.

## 8 ASSERÇÕES FINAIS

Finalmente, ouçamos dois eminentes constitucionalistas, já falecidos, aos quais quero homenagear: Raul Machado Horta, mineiro de boa cepa, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ilustre professor da USP.

*O Mestre de todos nós, Raul Machado Horta assim discorreu:*

*Às fases da internacionalização e da legalização, representadas pelo costume internacional, as Convenções Internacionais e os atos legislativos do Direito interno, o Direito Brasileiro acrescentou a fase da constitucionalização, para identificar o ingresso dos referidos institutos – mar territorial, plataforma continental, zona econômica exclusiva – no domínio da Constituição. Esse ingresso na matéria constitucional confere a esses institutos a supremacia da norma da Constituição.*

*(...) Considerando a vinculação ao exercício do poder soberano a Constituição fez a inclusão dos mesmos do domínio da União Federal, que, na organização federal brasileira, identifica a pessoa jurídica de direito público, titular da soberania e da competência internacional do Estado brasileiro. (C.F., art. 21, I e II). A Constituição qualifica de bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (art. 20, V) e o mar territorial (art. 20, VI). Na sua qualificação constitucional de bens da União, a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva foram colocados na competência dos*

*poderes da União. A inclusão constitucional no campo dos poderes da União afasta qualquer intromissão dos Estados Federados e dos Municípios na área do mar territorial, da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.*

*Dele não discrepa Manoel Gonçalves Ferreira Filho:*

*O mar territorial, no direito brasileiro, está exclusivamente no domínio espacial do Poder Central, ou seja, do Estado Brasileiro. Não se inclui no território de qualquer Estado, nem de qualquer Município.*

*(...) Evidentemente, tal plataforma se está no âmbito do Estado-nação, fica fora do alcance do Poder de qualquer dos Estados-membros, e da mesma forma além da esfera de Poder do Município.*

*(...) Claríssimo é o texto. O serviço de transporte tributado é o que se dá entre dois Estados, ou entre dois Municípios do mesmo Estado. Não é tributável o transporte de um Estado, ou de um Município, para ponto do território nacional que não se inclui no de qualquer Estado ou Município: ou seja, ponto no território – ‘exclusivo’, diga-se assim – da ‘União’. Por quê?*

*Porque isto oneraria a exploração de recursos da União, isto é, de todos nós, brasileiros. Sim, porque sempre haveria ônus, a ser compensado, mesmo que o contribuinte fosse o particular.*

*(...) nem a letra nem a ‘ratio’ do art. 155, II, da Constituição permitem a incidência do ICMS sobre os serviços de transporte entre continente e pontos fixos – plataformas – ou móveis – embarcações – no mar territorial ou acima da plataforma continental.*

*Com essas considerações concordou o professor Raul Machado Horta (apud Parecer de Sacha Calmon e Misabel Derzi, de abril de 2012):*

*(...) não supre a não incidência do ICMS, na modalidade de transporte aéreo, ora examinado, a burla que se praticou, em legislação do Estado do R.J., para fins de cobrança do ICMS, considerando a plataforma continental, o mar territorial e a zona econômica exclusiva integrantes do território do Estado e do Município (lei estadual 1.423/89, art. 32, § 8º). A extravagante desapropriação legislativa contém no seu bojo violenta ofensa à C.F., inusitada negação dos poderes soberanos da União e patológica dilatação dos poderes reservados dos Estados. É caso que se pode inscrever no capítulo da patologia tributária.*

Assim respaldado, concluo:

- a) A plataforma continental e a zona de exploração econômica exclusiva de onde se extrai 95% do petróleo e do gás nacionais são da União, indiscutivelmente.
- b) É do poder de conformação do legislador federal tornar eficaz a Constituição, atento aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, como bem fez na Lei 12.734, de 2012, em que a observância dos referidos princípios é claríssima. Distorção havia – isto sim! – na legislação revogada...

- c) A rigidez orçamentária, compromissos já assumidos ou a eventual perda de recursos financeiros por parte de algum Estado da federação, não tornam inconstitucional a lei nova, nem podem impedir alterações na participação relativa dos Estados-membros nos *royalties* do petróleo extraído em alto mar, sob o pálio do princípio da isonomia.
- d) Eventual “estado de necessidade administrativa” de qualquer Ente subnacional deve ter resolução política, descabendo ao Judiciário imiscuir-se na questão.
- e) E não é função do STF, mas do Congresso Nacional, bicameral, dispor sobre as participações e reparações previstas no art. 20, § 1º, da Constituição da República.
- f) Cabe ao STF julgar – a ação está parada – a constitucionalidade da lei ou comento a bem da federação.



# **RMS 25.943-DF/ STF – A AÇÃO FISCALIZADORA AMPLA, CONCENTRADA E OSTENSIVA DA CONTROLADORIA- -GERAL DA UNIÃO SOBRE A APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS NOS MUNICÍPIOS**

*Weder de Oliveira*<sup>1</sup>

---

Em 2003, a Controladoria-Geral da União instituiu, “*em caráter permanente, o mecanismo do sorteio público para definição das unidades municipais onde será objeto de fiscalização a aplicação dos recursos públicos federais, sob a responsabilidade de órgãos federais, estaduais, municipais, ou de entidades legalmente habilitadas*” (Portaria 247, de 20.06.2002)<sup>2</sup>.

Nos considerandos da portaria, explicava-se que tal medida visava atender à necessidade de “*conferir maior transparência e visibilidade à gestão governamental, para assegurar a correta aplicação dos recursos públicos, em benefício da população, de modo a inibir e combater a corrupção e fomentar o controle social*”.

Nesse tipo de atuação da Controladoria-Geral da União, uma equipe de auditoria dirige-se ao município e promove ampla e concentrada fiscalização sobre a aplicação de recursos que lhe foram transferidos pelo governo federal, com base em convênios e ajustes similares, em leis específicas (como o Programa Dinheiro Direto na Escola e o Programa Nacional de Alimentação Escolar) ou na modalidade fundo a fundo (como os recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde ao Fundo Municipal de Saúde).

A CGU, em sua página na internet, explica o que é o “Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos” do seguinte modo (grifos nossos):

---

<sup>1</sup> Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria\\_cgu\\_247\\_2003.pdf](http://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_247_2003.pdf)>. Acesso em: 21 jul 2015.

*O Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos é uma iniciativa do governo federal, que visa **inibir a corrupção** entre gestores de qualquer esfera da administração pública. Criado em abril de 2003, o Programa usa o mesmo sistema de sorteio das loterias da Caixa Econômica Federal para definir, de forma isenta, as áreas municipais e estaduais a serem fiscalizadas quanto ao correto uso dos recursos públicos federais.*

*A cada sorteio são definidos 60 municípios, onde os auditores da CGU examinam contas e documentos, além de inspeção pessoal e física das obras e serviços em realização. Durante os trabalhos, o **contato com a população, diretamente ou através dos conselhos comunitários e outras entidades organizadas**, estimula os cidadãos a participarem do controle da aplicação dos recursos oriundos dos tributos que lhes são cobrados. Fazem parte do sorteio municípios com até 500 mil habitantes, exceto as capitais estaduais.*

*[...]*

*Os **relatórios** contendo os resultados dos sorteios são encaminhados aos Ministérios gestores das políticas públicas, possibilitando a adoção de providências para a correção de desvios verificados.*

*Os **resultados também subsidiam a avaliação dos programas** de governo e a implementação de melhorias eventualmente identificadas como necessárias. Os relatórios são encaminhados, também, a órgãos de defesa do Estado, para que atuem no âmbito de suas competências.*

Em suma, por meio desse programa, a CGU, órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal<sup>3</sup>, fiscaliza diretamente a execução de convênios<sup>4</sup> (transferências voluntárias) e a aplicação de recursos repassados por meio das denominadas transferências legais (Programa Nacional de Alimentação Escolar e as transferências do SUS, entre outros), tendo em mira vários objetivos: combater a corrupção, estimular o controle social, demandar dos gestores federais e municipais a adoção de medidas corretivas, e colher subsídios para avaliação dos programas de governo.

É importante registrar, desde logo, que os órgãos e entidades federais<sup>5</sup> repassadores de recursos para execução descentralizada de programas

<sup>3</sup> *Decreto 8.109/13 – Art. 1º A Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal e integrante da estrutura da Presidência da República, dirigida pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, tem como competência assistir direta e imediatamente o Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências, no âmbito do Poder Executivo federal, relativos a: I – defesa do patrimônio público; II – controle interno; III – auditoria pública; IV – correição; V – prevenção e combate à corrupção; VI – atividades de ouvidoria; e VII – incremento da transparência da gestão.*

<sup>4</sup> Na menção a convênios, entendam-se incluídos os contratos de repasse e outros ajustes similares.

<sup>5</sup> Doravante, a menção a órgãos significará a menção a órgãos (unidades da administração direta) e entidades (estruturas da administração indireta, como as autarquias, caso do FNDE – Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação).

federais têm a prerrogativa e a obrigação de fiscalizar a aplicação dos recursos que transferem a estados e municípios e a entidades de direito privado, como as organizações da sociedade civil (OSC).

Assim, por exemplo, (1) compete ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS (Denasus) “auditar por amostragem e adequação, a qualidade e a efetividade das ações e serviços públicos de saúde, e a regularidade técnico-financeira da aplicação dos recursos do SUS, em todo o território nacional” (art. 37 do Decreto 8.065/13); (2) compete ao FNDE realizar “auditação da aplicação dos recursos nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a cada exercício financeiro, por sistema de amostragem, podendo requisitar o encaminhamento de documentos e demais elementos necessários para tanto, ou, ainda, delegar competência a outro órgão ou entidade estatal para fazê-lo” (art. 8º da Lei 11.947/09)<sup>6</sup>; (3) compete aos concedentes “promover a gestão dos programas, projetos e atividades, mediante monitoramento, acompanhamento e fiscalização do convênio, além da avaliação da execução e dos resultados (art. 5º da Portaria Interministerial 507 de 2011).

## II

Iniciada essa nova forma de ação fiscalizatória, alguns prefeitos logo a sentiriam como uma verdadeira “devassa” e se insurgiriam judicialmente contra atos do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União

---

<sup>6</sup> Devem ser registrados também os seguintes dispositivos dessa lei, concernentes à prestação de contas e fiscalização: **Art. 8º** Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apresentarão ao FNDE a prestação de contas do total dos recursos recebidos. **§ 2º** Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios manterão em seus arquivos, em boa guarda e organização, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de aprovação da prestação de contas do concedente, os documentos a que se refere o caput, juntamente com todos os comprovantes de pagamentos efetuados com os recursos financeiros transferidos na forma desta Lei, ainda que a execução esteja a cargo das respectivas escolas, e estarão obrigados a disponibilizá-los, sempre que solicitado, ao Tribunal de Contas da União, ao FNDE, ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e ao Conselho de Alimentação Escolar – CAE. **Art. 9º** O FNDE, os entes responsáveis pelos sistemas de ensino e os órgãos de controle externo e interno federal, estadual e municipal criarão, segundo suas competências próprias ou na forma de rede integrada, mecanismos adequados à fiscalização e ao monitoramento da execução do PNAE. **Parágrafo único.** Os órgãos de que trata este artigo poderão celebrar convênios ou acordos, em regime de cooperação, para auxiliar e otimizar o controle do programa. **Art. 10.** Qualquer pessoa física ou jurídica poderá denunciar ao FNDE, ao Tribunal de Contas da União, aos órgãos de controle interno do Poder Executivo da União, ao Ministério Público e ao CAE as irregularidades eventualmente identificadas na aplicação dos recursos destinados à execução do PNAE.

em mandados de segurança diretamente impetrados no Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup>.

Em 2006, chegou ao Supremo Tribunal Federal discussão sobre a competência da CGU, órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, para fiscalizar, diretamente, nos municípios, a aplicação de recursos federais. Tratava-se de recurso ordinário em mandado de segurança (RMS 25.943) contra acórdão proferido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>.

A decisão questionada havia sido tomada no MS 10102, em 19.12.2005, e nela o STJ adotara como paradigma o que havia sido decidido anteriormente em outro mandado de segurança sobre o mesmo tema, o MS 9642.

Antes de analisarmos o debate ocorrido no STF (RMS 25.943-DF, examinaremos os argumentos sustentados nos dois mandados de segurança mencionados.

### III

O primeiro deles, o MS 9842, foi impetrado em 2004 pelo então prefeito do município de Itagimirim (BA) “contra ato do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, Sr. Waldir Pires, que determinou (Portaria 68/04) o sorteio de 50 (cinquenta) municípios brasileiros com mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes, com o objetivo de proceder à fiscalização da aplicação dos recursos federais sob responsabilidade de órgãos municipais”. O segundo, pelo ex-prefeito do município de São Francisco do Conde (BA), também em 2004.

Os fundamentos alegados nesses dois mandados de segurança podem ser sintetizados da seguinte forma (grifos nossos):

- 1) *Inadmitte-se que a União, pelo órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, realize inspeções ou auditorias em outro ente federado, porque tal conduta implica violação do postulado constitucional da autonomia;*
- 2) *A fiscalização atacada não se insere no rol de competências da Controladoria-Geral da União, correspondendo, na verdade, a uma espécie de controle externo que usurpa a competência do Município e da Corte de Contas Estadual”;*

<sup>7</sup> CF, art. 105, I, ‘b’: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal”.

<sup>8</sup> MS 10102 (2004/0161363-3 – 19.12.2005)

- 3) *Os arts. 24, VI e VII, e 26 da Lei 10.180/01<sup>9</sup> devem receber **interpretação conforme a Constituição**, inviabilizando-se o procedimento fiscalizatório em relação aos outros membros da Federação que não a União;*
- 4) *A fiscalização do emprego de recursos públicos federais por outros entes federados foi **outorgada pela CF/88 exclusivamente ao Tribunal de Contas da União** (art. 71, VI)<sup>10</sup>.*

Entendiam os prefeitos, como se depreende de suas alegações, que a atuação da Controladoria-Geral da União, órgão central do sistema de controle interno do governo federal, correspondia, na forma como realizada, a uma ação fiscalizatória da União “sobre o município”, ferindo sua autonomia administrativa e usurpando função própria do controle externo, a ser exercido, no âmbito municipal, pela Câmara de Vereadores e pelo tribunal de contas respectivo e, quanto à aplicação dos recursos federais, pelo Tribunal de Contas da União, conforme expressa disposição constitucional: “**Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a município**”.

A esses argumentos se contrapôs a CGU, em sua manifestação no MS nº 9642 (grifos nossos):

- 1) *A fiscalização não **incide** sobre recursos estaduais ou municipais, mas **exclusivamente sobre verbas provenientes do orçamento da União**”, não havendo que se falar em quebra da autonomia dos entes federados;*
- 2) *“Os mecanismos de controle externo e interno sobre as atividades da Administração Pública, previstos na Constituição Federal de 1988, devem atuar de forma integrada e sistêmica, “de modo que **todo aquele que utilize recursos do povo, aos seus representantes deve***

---

<sup>9</sup> Essa lei “organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal”. Os dispositivos mencionados assim dispõem: **Art. 24. Compete aos órgãos e às unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal: VI – realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados; VII – apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais e, quando for o caso, comunicar à unidade responsável pela contabilidade para as providências cabíveis;**

<sup>10</sup> **Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;**

*prestar contas, em vistas a dar, cada vez mais e melhor, transparência à gestão pública”, conforme se depreende da leitura dos arts. 70, caput e parágrafo único, e 74, I e IV, e § 1º, da Carta Magna;*

- 3) *De acordo com a Lei 10.683, de 28.05.2003, compete à Controladoria-Geral da União assistir direta e imediatamente ao Presidente da República nos temas que se referem à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, às atividades de ouvidoria-geral e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública Federal. [...] O Anexo I do Decreto 4.785, de 21.07.2003, que trata da Estrutura Regimental da Controladoria-Geral da União, por sua vez, em seu art. 12, inc. XIX, determina que compete à Secretaria Federal de Controle Interno “fiscalizar e avaliar a execução dos programas de governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos orçamentos da União, quanto ao nível de execução das metas e dos objetivos estabelecidos e à qualidade do gerenciamento.*

Defendia a CGU que, na implementação de seu Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos, fiscaliza apenas a aplicação de verbas federais, e não a aplicação de recursos municipais ou estaduais. E assim o faz, esclarece, com respaldo na legislação federal que lhe é própria<sup>11</sup> e no exercício do controle interno de forma integrada e harmônica com o controle externo, em especial na sua relação com o controle externo, segundo as prescrições constitucionais:

*Art. 70, parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.*

*Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; [...] IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*

A decisão do STJ no MS 9642 fundamentou-se integralmente nos argumentos da CGU, resultando em acórdão-paradigma longamente ementado (grifos nossos):

**Mandado de segurança. Portaria 68/04, do ministério do controle e da transparência. Recursos públicos federais repassados aos municípios. Fiscalização pela controladoria-geral da união.**

*1. A Constituição Federal, no afã de efetivar o princípio da transparência na Administração Pública, dispôs no art. 70, caput e parágrafo único,*

<sup>11</sup> Lei 10.683/03, Lei 10.180/01, Decreto 4.785/03.

que: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. **Parágrafo único.** Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.”

2. Deveras, complementando essa estratégia de controle do dinheiro público, destacou-se no art. 74, I e IV e § 1º, da Constituição Federal: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (...) IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

3. Ressoa evidente que a Controladoria-Geral da União **tem atribuição para fiscalizar** a aplicação dos recursos federais repassados aos Municípios, não havendo que se falar em quebra da autonomia dos entes federados, **porquanto a fiscalização não incide sobre recursos estaduais ou municipais, mas exclusivamente sobre verbas provenientes do orçamento da União.**

4. Destarte, no âmbito infraconstitucional, a Lei 10.683/02, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, prevê, em seu art. 17, que “A Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, às atividades de ouvidoria-geral e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da Administração Pública Federal.”

5. Conseqüência desse poder-dever é o de que os auditores da Secretaria Federal de Controle Interno, examinam as contas e documentos, e fazem inspeção pessoal e física das obras e serviços executados a partir de recursos transferidos pelo Poder Público Federal. Enquanto à Controladoria-Geral da União compete o controle interno, ao Tribunal de Contas da União cabe o controle externo.

6. Outrossim, na forma do art. 26 da Lei 10.108/01, “nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonogado aos servidores dos Sistemas de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, no exercício das atribuições inerentes às atividades de registros contábeis, de auditoria, fiscalização e avaliação de gestão.”

7. Conseqüentemente, “a competência prevista no art. 87, I, do nosso Estatuto Político, que lega aos Ministros de Estado o dever de exercer

*orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência, não só justifica a edição da Portaria em discussão, tendo em conta que esta nada mais é do que um ato administrativo do Chefe da Controladoria-Geral da União, por meio do qual expediu orientação a respeito de uma metodologia de trabalho de controle interno, cuja competência lhe é atribuída ; como, ainda, determina a sua edição, uma vez que é dever dos Chefes de cada Pasta de governo, além de coordenar e supervisionar o órgão que dirige, disciplinar o funcionamento do mesmo, ditando as políticas estratégicas para a realização das tarefas que constituem o seu dever constitucional e legal.”*

*8. No que pertine à eventual truculência da realização da fiscalização, afastam-lhe a pecha não só os atos prévios da ampla divulgação do sorteio, a comunicação in faciem ao prefeito, e a ausência de comprovação da verossimilhança da alegação, como de resto subjaz assentada na decisão liminar indeferitória, que conclui: “Ainda que assim não fosse, não logrou o impetrante demonstrar, sobremaneira e “prima facie”, o caráter supostamente interventivo do ato impugnado, a desequilibrar, a título de controle externo, a competência administrativa constitucionalmente prevista.”*

*9. Ordem denegada.*

O acórdão questionado perante o Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>, adotado no MS 10102, tomou por paradigma a decisão prolatada no MS 9642 e foi ementada de modo bem sucinto<sup>13</sup>:

**Administrativo e constitucional. Controle interno. Controladoria-geral da união. Fiscalização dos municípios. Sorteio para escolha.**

*1. Norma constitucional (art. 70 e seguintes da CF) estabelece a necessidade de exercerem os três Poderes da República a fiscalização e controle interno das suas finanças contábil e orçamentária.*

*2. A Lei 10.683/02, ao dispor sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, outorgou à Controladoria-Geral da União o exercício do controle interno, e ao TCU o controle externo<sup>14</sup>.*

<sup>12</sup> O recurso foi interposto perante o Supremo Tribunal Federal em razão do disposto no art. 102, inc. II, alínea ‘a’, da Constituição Federal: “**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II – julgar, em recurso ordinário: a) o **habeas corpus**, o mandado de segurança, o **habeas data** e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

<sup>13</sup> A melhor compreensão dos fundamentos centrais da decisão deve ser buscada na ementa do acórdão-paradigma.

<sup>14</sup> Percebe-se aqui equívoco na redação da ementa, pois essa lei não outorgou, nem poderia ter outorgado, o controle externo ao Tribunal de Contas da União, cujas atribuições fundamentais foram definidas diretamente pela Constituição Federal. A referida Lei 10.683, de 2003, “dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios”.



3. A Primeira Seção, em julgamento anterior, considerou válida a realização das fiscalizações, com escolha dos Municípios por sorteio.

4. Segurança denegada.

O argumento central que pode ser extraído das ementas dos acórdãos do STJ<sup>15</sup> em favor da atuação da CGU é que a fiscalização se limita à aplicação dos recursos federais repassados ao município e assim o faz no exercício do “controle interno”, que não se confunde com o “controle externo”.

A possível usurpação de competência presumidamente atribuída pela Constituição com exclusividade ao Tribunal de Contas da União para “fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”, no art. 74, VI, como também o sentido de o órgão central do sistema de controle interno atuar dessa forma, só seriam discutidos com mais substância no Supremo Tribunal Federal.

Adiantando o que se verá a seguir, percebe-se, tanto no âmbito do STJ quanto no do STF, que não esteve presente nas argumentações análises mais detalhadas sobre a instituição “controle interno” e sobre os deveres e prerrogativas dos órgãos<sup>16</sup> repassadores e dos municípios na implementação descentralizada de políticas públicas, executadas por esses entes federados com recursos federais.

## IV

A atuação direta da CGU, no exercício do “controle interno”, na fiscalização *in loco* da aplicação de recursos federais pelos municípios pareceria, à primeira vista, com razão, não se coadunar com a natural apreensão que se tem da instituição “controle interno” como sendo atividade atinente à estrutura organizacional do Poder Executivo Federal, de tal modo que sua ação fiscalizadora, realizada fora da estrutura administrativa de que faz parte, em outro ente federativo, numa atividade própria dos órgãos repassadores (fiscalização do regular uso dos recursos que repassam) não poderia deixar de suscitar sérias dúvidas sobre a legalidade, a constitucionalidade, a legitimidade, e mesmo a conveniência dessa forma de atuação.

De fato, considerando o conceito de controle interno com que trabalham instituições especializadas, essas dúvidas se revelavam justificadas.

<sup>15</sup> E também dos relatórios e votos.

<sup>16</sup> Nesse texto, a expressão “órgãos”, lato sensu, abarcará as expressões “órgãos”, aplicável à administração direta, e “entidades”, referidas à administração indireta.

Segundo a Intosai (Internacional Organization of Supreme Audit Institutions)<sup>17</sup>, organização que congrega entidades de fiscalização superior de todo o mundo, tais como o Tribunal de Contas da União,

*o controle interno é um processo integrado conduzido pela direção e corpo de funcionários, e é estruturado para lidar com os riscos e garantir razoável segurança de que na **consecução da missão da entidade** os seguintes objetivos gerais estão sendo alcançados: (1) execução regular, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; (2) cumprimento das obrigações de **accountability**; (3) cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; (4) salvaguarda dos recursos para evitar perdas, desvios e dano (grifo nosso).*

Em 2009, a Diretoria de Métodos de Procedimentos de Controle do Tribunal de Contas da União, elaborou um estudo denominado *Crerios Gerais de Controle Interno na Administrao Pblica*, do qual transcrevem-se os seguintes e elucidativos trechos (grifos nossos):

*Controle interno, controles internos e sistema ou estrutura de controle(s) interno(s) s3o express3es sin3nimas, utilizadas para referir-se ao processo composto pelas regras de estrutura organizacional e pelo conjunto de pol3ticas e procedimentos adotados por uma organiza33o para a vigil4ncia, fiscaliza33o e verifica33o, que permite prever, observar, dirigir ou governar os eventos que possam impactar na consecua33o de seus objetivos. 3, pois, um processo organizacional de responsabilidade da pr3pria gest3o, adotado com o intuito de assegurar uma razo4vel margem de garantia de que os objetivos da organiza33o sejam atingidos.*

[...]

*Alerte-se que o controle interno, da pr3pria entidade, objeto do presente estudo, n3o deve ser confundido com o sistema de controle interno a que se refere o art. 74, da Constitui33o Federal de 1988 (CF/88). Com efeito, as disposi33es constitucionais trouxeram uma aparente confus3o no que diz respeito 3 terminologia da 4rea de controles, o que tem levado a esfor3os para estabelecimento de conceitos, inclusive em textos legais (...).*

[...]

*Vieira (2005, p.2), ao tentar esclarecer a confus3o que se faz entre o sistema de controle interno da CF/88 e o controle interno da pr3pria enti-*

---

<sup>17</sup> Intosai GOV 9100 – Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector. Dispon3vel em: <http://www.intosai.org/issai-executive-summaries/view/article/intosai-gov-9100-guidelines-for-internal-control-standards-for-the-public-sector.html>. “*Internal control is an integral process that is effected by an entity’s management and personnel and is designed to address risks and to provide reasonable assurance that in pursuit of the entity’s mission, the following general objectives are being achieved: 1) executing orderly, ethical, economical, efficient and effective operations; 2) fulfilling accountability obligations; 3) complying with applicable laws and regulations; 4) safeguarding resources against loss, misuse and damage*”.

*dade, explica que uma correta compreensão do que seja o “sistema de controle interno” exige o entendimento do que seja **sistema**, assim como do que seja **controle interno**, e a consequência deste controle organizado na forma de sistema pela Constituição Federal de 1988:*

*Definição de Sistema:*

*Conjunto de partes coordenadas (articuladas entre si) com vistas à consecução de objetivos bem determinados.*

*Definição de Controle Interno:*

*Conjunto de recursos, métodos e processos, adotados pelas próprias gerências do setor público, com vista a impedir o ERRO, a FRAUDE e a INEFICIÊNCIA.*

*Com as definições transcritas, Sistema de Controle Interno significa:*

*Conjunto de unidades técnicas articuladas a partir de um órgão central de coordenação, orientadas para o desempenho das atribuições de controle interno indicados na Constituição e normatizados em cada nível de governo.*

De outro lado, essa atuação fiscalizadora da CGU, não parecendo constituir ação típica do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, parecia enquadrar-se como atuação de controle externo, quando consideradas definições doutrinárias correntes, tais como as dos autores referidos por Luiz Henrique Lima, em sua obra *Controle Externo* (grifos nossos)<sup>18</sup>:

*Para Meirelles [Hely Lopes], **controle externo é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado** e visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento.*

*[...]*

*Pardini, por sua vez preleciona:*

*Controle externo sobre as atividades da Administração, em sentido orgânico e técnico, é, em resumo, **todo controle exercido por um Poder ou órgão sobre a administração de outros**. Nesse sentido, é controle externo o que o Judiciário efetua sobre os atos dos demais Poderes. É controle externo o que a administração direta realiza sobre as entidades da administração indireta. É controle externo o que o Legislativo exerce sobre a administração direta e indireta dos demais Poderes. Na terminologia adotada pela Constituição, apenas este último é que recebe a denominação jurídico-constitucional de controle externo (CF arts. 31 e 70 a 74), denominação esta repetida especificamente em outros textos infraconstitucionais, como, por exemplo, a Lei 8.443/92.*

*O mesmo autor explica suas características:*

<sup>18</sup> LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 9-10.

- a) *é externo porque é exercido pelo Parlamento sobre a administração pública direta e indireta e sobre as atividades de particulares que venham a ocasionar perda, extravio ou dano ao patrimônio público [...]*
- b) *é controle porque lhe compete examinar, da forma mais ampla possível, a correção e a regularidade e a consonância dos atos de Administração com a lei e com os planos e programas;*
- c) *é múltiplo, pois examina, simultaneamente, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos que lhe compete controlar;*
- d) *tem múltiplas incidências, pois são submetidos ao controle externo os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial;*
- e) *atua em momentos diversos. Embora a regra geral seja a do controle posterior, pode, também, ser prévio, concomitante ou misto;*
- f) *efetua-se por dois órgãos distintos e autônomos: o Parlamento e o Tribunal de Contas;*

[...]

*Jacoby Fernandes conceitua sistema de controle externo como “o conjunto de ações de controle desenvolvido por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos.*

## V

A inovadora forma de fiscalização, concentrada, ostensiva e com características de escrutínio geral, conduzida por um corpo de agentes públicos federais sobre o uso dos recursos federais repassados ao município certamente não haveria de deixar de ser percebida, ainda que juridicamente legítima, como uma “devassa” realizada pela União sobre os membros mais frágeis da federação e, assim, suscitar, no mínimo, um sentimento de invasão inconstitucional da autonomia municipal.

As manifestações do Ministro Marco Aurélio expressaram bem essas questões (grifos nossos):

*Que disciplina nos vem da Carta? Vem-nos, de início, a autonomia, em termos de governo, não só dos Estados – e não sei por que não se faz sorteio para inspeção nos Estados<sup>19</sup> –, mas também dos Municípios.*

*Segurando o art. 31 do Diploma Maior:*

---

<sup>19</sup> Em realidade, chegaram a ser feitos entre 2004 e 2008 sorteios para fiscalização a ser realizada nos estados. Oito receberam esse tipo de fiscalização: Sergipe, Roraima, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Paraná, Distrito Federal e Bahia. Nos anos seguintes, não mais ocorreram fiscalizações dessa natureza nos estados-membros, conforme se depreende das informações constantes do *site* da CGU.

*Art. 31. A fiscalização do Município será exercida” – não é exercida pelo Congresso, e a Controladoria da União não é órgão do Congresso Nacional – “pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei”.*

*A Constituição, ao prever o controle externo, direciona-o não a órgão da União, a órgão do Executivo da União, mas ao Poder Legislativo municipal e aos sistemas de controle interno do Poder Executivo. Qual? O federal? Não. Em bom vernáculo, está preceituado que o controle interno é efetuado pelo Executivo municipal<sup>20</sup>.*

*Sabemos, Presidente, que a própria Constituição Federal se autodelimita, se autolimita. Há exceção aberta, realmente. E norma que encerra exceção somente pode ser interpretada de maneira estrita. É aberta, de forma específica, quanto a verbas decorrentes de convênio firmado pela União com Estado ou Município. Essa exceção restringe-se a controle exercido por órgão que não está vinculado ao Executivo Federal, mas ao Legislativo, ao Congresso Nacional. Prevê o art. 71, inc. VI, que compete ao Congresso Nacional, por meio do Tribunal de Contas da União – repito, vinculado ao Congresso e não ao Executivo Federal – fiscalização a aplicação, mesmo assim de forma limitada, não chegando à devassa mediante sorteio [...]*

*Há mais, Presidente. A Controladoria-Geral não é órgão voltado, em termos normativos, à fiscalização dos Municípios, muito menos à fiscalização dos Estados. Penso que se ela cuidar, como previsto em lei de regência, mais especificamente no art. 17 da Lei 10.683/03, dessa atribuição, terá muito o que fazer, no âmbito federal, como está no artigo:*

*Art. 17. À Controladoria-Geral da União comete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República” – não ao prefeito – no “desempenho (...).*

Seguiu-se a essa manifestação debate com o Ministro Ricardo Lewandowski, em que o Ministro Marco Aurélio reforçou sua posição contrária a essa forma de atuação da Controladoria-Geral da União:

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski:** – *Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?*

**O Senhor Min. Marco Aurélio:** *Pois não, Ministro.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski:** *Longe de mim sugerir que competiria à Controladoria fiscalizar o município ou até mesmo o Estado. Eu simplesmente disse que compete, sim, à Corregedoria fiscalizar as verbas federais que foram repassadas ao município, sob pena de responsabilidade solidária, inclusive, do agente público federal<sup>21</sup>.*

<sup>20</sup> Logo, se o Executivo municipal estava sendo objeto de uma ação de “controle interno”, como poderia tal forma de controle ser exercido por órgão federal?

<sup>21</sup> Aqui o ministro fazia referência ao art. 74, § 1º, da Constituição: “Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

**O Senhor Min. Marco Aurélio:** *Não, porque a Carta da República, que até aqui é rígida, não pode ser alterada fora das hipóteses versadas no artigo 60 dela constante, já prevê, mitigando a autonomia dos Municípios, o controle quanto a essas verbas e o atribui não a órgão do Executivo Federal, mas ao Tribunal de Contas da União, que, como disse, não está situado no âmbito do Executivo. Está vinculado ao Congresso Nacional. Conforme preceitua a Constituição, Presidente, em bom português, compete ao Tribunal de Contas da União, essa fiscalização, e não à Controladoria-Geral da União – art. 71, inc. VI.*

*Eu não sei da abrangência, a partir desse sorteio, da atuação perante o Município sorteado – se essa atuação consubstancia verdadeira devassa, invadindo seara alheia, invadindo a autonomia municipal. Continuo a ler o dispositivo que delimita a atribuição da Controladoria-Geral, repito, da União e não dos Municípios:*

*“(...) compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições” – e ele é o dirigente maior da Administração Pública Federal – “quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo” – não de unidade da Federação – “sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, (...) às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão” – e vem a parte mais importante, como não poderia deixar de ser para ocorrer a harmonia com a Carta da República – “no âmbito da administração pública (...)” – Municipal? Estadual? Não. – “no âmbito da administração pública federal”.*

[...]

*A Controladoria-Geral, que é da União da União, não é dos Estados, não é dos Municípios, veio, no mínimo, quanto às verbas públicas federais – já disse que não sei o campo de atuação preciso da Controladoria –, a atuar como se fosse um controlador (...) a atuar como um agente federal, substituindo-se – sem previsão na Constituição Federal, sem previsão em ato normativo, porque assim não dispõe a Lei 10.108/04<sup>22</sup> – ao Tribunal de Contas da União, isso se limitada a incursão.*

*Não tenho, Presidente, sob pena de ficar solapada a Constituição Federal, sob pena de ficar afastada a autonomia municipal e a estadual (...) como placitar, pouco importando o objetivo buscado, essa verdadeira intromissão em um ente que – repito – compõe a própria República Federativa, colocando-se em segundo plano a mitigação da autonomia municipal que está prevista – e teria que estar, porque é assegurada pela própria Carta – na Lei Básica do País.*

[...]

*Provejo a recurso para assentar que não cabe a órgão do Executivo Federal fiscalizar o bom emprego de verba – ainda que repassadas pela União – por Estados e Municípios. Consoante o inc. VI do art. 71 da*

<sup>22</sup> A referência a essa lei foi equivocada. O ministro deve ter querido referir-se à Lei 10.180/01.

***Constituição Federal, essa incumbência é específica e exclusiva do Tribunal de Contas da União:***

*VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;*

*É como voto.*

Mais adiante, o Ministro Marco Aurélio iria aditar seu voto, mantendo o provimento do recurso, com complementos à fundamentação anterior:

**O Senhor Min. Marco Aurélio** – *Presidente, apenas para completar meu voto porque vou pedir licença para me retirar (...) Não vou sustentar mais nada. Vou somente aditar o voto: dou ao inc. VI do art. 24 da Lei 10.108, de 2001, – no que prevê caber à Controladoria realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgão ou entidades públicos e privados – interpretação harmônica com a Carta da República. A atuação não deve englobar a gestão de recursos, mesmo oriundos da esfera federal, de Municípios e Estados.*

*É como voto.*

Em seu voto final, o Ministro Marco Aurélio endereçou a questão para o âmbito certo: o âmbito das competências do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal.

No voto não aditado, o fundamento era que não cabia “a órgão do Executivo Federal fiscalizar o bom emprego de verba – ainda que repassadas pela União – por Estados e Municípios. Consoante o inc. VI do art. 71 da Constituição Federal, essa incumbência é específica e exclusiva do Tribunal de Contas da União”.

No entanto, como esclarecido na abertura desse artigo, órgãos e entidades do Poder Executivo Federal que repassam recursos a estados e municípios, por força de convênio ou de lei, têm o dever, e mesmo a necessidade inescapável, de fiscalizar a correta aplicação dos recursos repassados. Assim, não se poderia dizer que esse “dever de fiscalização” devesse ou somente pudesse ser exercido pelo Tribunal de Contas da União, por força do referido art. 71, VI, da Constituição Federal, e não pelos próprios repassadores.

A questão que efetivamente estava em discussão era se o “órgão central de controle interno do Poder Executivo Federal”, a Controladoria-Geral da União, poderia realizar fiscalizações diretamente e na forma ampla e concentrada como era (e é) da essência de seu Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos, razão pela qual haveria que aferir-se a constitucionalidade da legislação que conferissem a esse órgão do Poder Executivo Federais atribuições e prerrogativas.

A fiscalização, nessa seara, exercida pela Controladoria-Geral da União por meio da sistemática de sorteios públicos e ação intensiva em cada município, não é uma ação típica do controle interno, qualificando-se como fiscalização sobre a execução dos programas descentralizados, que deveria ser executada pelos respectivos órgãos e entidades repassadores, estaria autorizada de modo mais claro no inc. VI do art. 24 Lei 10.180/01, mencionado pelo Ministro Marco Aurélio: “*Compete aos órgãos e unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal: VI – realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados*”.

Esse dispositivo não atribui competência expressa para a fiscalização da aplicação de recursos públicos pelos municípios e estados. Tal possibilidade, contudo, estaria subtendida em interpretação extensiva do trecho “órgãos e entidades públicos e privados”.

Observa-se que no restante da legislação que regula o sistema de controle interno do Poder Executivo também não há menção expressa a essa possibilidade e, ao contrário, o que nela se percebe é que essa forma de atuação seria de certo modo anômala à concepção legal e doutrinária da instituição “controle interno”, ainda mais quando executada em caráter permanente.

## VI

Passemos ao exame da legislação, começando pela Constituição Federal:

*Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:*

*I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;*

*II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, **bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;***

*III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;*

*IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*

Note-se que a finalidade do sistema de controle interno que mais se aproximaria da fiscalização da aplicação de recursos federais transferidos a estados e municípios seria a descrita no inciso II (“*comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração fede-*



ral, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”).

E, nesse inciso, a Constituição não mencionou a aplicação de recursos por estados e municípios, como fez expressamente quando quis conferir ao Tribunal de Contas da União (art. 71, inc. VI) a competência para “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

Lei 10.180/01, que, dentre outras providências, organiza e disciplina o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal:

**Art. 19.** *O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal visa à avaliação da ação governamental e da gestão dos administradores públicos federais, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e a apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.*

[...]

**Art. 22.** *Integram o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:*

*I – a Secretaria Federal de Controle Interno, como órgão central;*

*II – órgãos setoriais.*

**§ 1º** *A área de atuação do órgão central do Sistema abrange todos os órgãos do Poder Executivo Federal, excetuados aqueles indicados no parágrafo seguinte.*

**§ 2º** *Os órgãos setoriais são aqueles de controle interno que integram a estrutura do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Defesa, da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil.*

[...]

**Art. 24.** *Compete aos órgãos e às unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:*

*I – avaliar o cumprimento das metas estabelecidas no plano plurianual;*

*II – fiscalizar e avaliar a execução dos programas de governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos Orçamentos da União, quanto ao nível de execução das metas e objetivos estabelecidos e à qualidade do gerenciamento;*

*III – avaliar a execução dos orçamentos da União;*

[...]

*VI – realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados;*

*VII – apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos federais e, quando for o caso, comunicar à unidade responsável pela contabilidade para as providências cabíveis;*

[...];

*XI – criar condições para o exercício do controle social sobre os programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União*

No art. 24 acima transcrito, observa-se que o inc. II (“*fiscalizar e avaliar a execução dos programas de governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos Orçamentos da União, quanto ao nível de execução das metas e objetivos estabelecidos e à qualidade do gerenciamento*”) é mais específico quanto a ação de fiscalização da aplicação de recursos repassados aos estados e municípios do que o inciso VI (“*realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados*”), ao qual o Ministro Marco Aurélio deu interpretação conforme a Constituição.

O inc. I, em sua parte final, delimita o escopo da fiscalização da execução dos programas de governo por meio de ações descentralizadas: *nível de execução das metas e objetivos estabelecidos e qualidade do gerenciamento*.

De acordo com a lei (art. 24, I), no âmbito das execução descentralizada dos programas de governo o foco da ação do sistema de controle interno deveria recair essencialmente sobre a “qualidade do gerenciamento”; em outros termos, sobre a qualidade da gestão dos órgãos repassadores sobre essa forma de execução, a qual, no caso de convênios e ajustes similares, abrange, pelo menos, desde a análise de projetos até o exame da prestação de contas, passando pelos processos e métodos de fiscalização *in loco* da boa e regular aplicação dos recursos.

O inc. VI trata da “auditoria de gestão”. Esse tipo de atuação é da essência do controle interno e é realizado no âmbito de sua clientela. Todavia, não é esse o tipo de ação que se associa ao que se faz no bojo do Programa de Fiscalização de Sorteios Públicos: fiscalização de aplicações específicas e não “auditoria de gestão”.

A esse respeito, vejamos os conceitos de auditoria e fiscalização dados pelo Decreto 3.591/00 (com alterações posteriores), no art. 4º, §§ 1º e 2º:

**§ 1º A auditoria visa a avaliar a gestão pública, pelos processos e resultados gerenciais, e a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.**

**§ 2º A fiscalização visa a comprovar se o objeto dos programas de governo corresponde às especificações estabelecidas, atende às necessidades para as quais foi definido, guarda coerência com as condições e características pretendidas e se os mecanismos de controle são eficientes.**

Nos termos do referido decreto, auditoria é um trabalho que tem escopo bastante distinto do de uma fiscalização. E o que se faz no âmbito do

Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos, como o próprio nome diz, corroborado pelo escopo declarado do programa, é uma fiscalização, e não uma auditoria. Dessa forma, a disposição legal que fundamentaria tal programa deveria ser o inc. I do art. 24, mais do que o inc. VI.

E sendo assim, o escopo da fiscalização da execução de programas de governo por meio de “ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos orçamentos da União” estaria centrado nos órgãos e entidades da própria União, mediante a “verificação do nível de execução da meta e dos objetivos estabelecidos” e da “qualidade do gerenciamento”, e não no nível físico-territorial dos municípios (e eventualmente, dos estados).

O que se transcreveu acima corresponde à parte que diz respeito ao que se discute neste artigo. Não há no decreto regulamentador referência a que a ação fiscalizatória direta, *in loco*, sobre a aplicação de recursos federais por estados e municípios constitua competência do sistema de controle interno.

E, por fim, a Lei 10.683/03, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, especificamente em seu art. 17, que trata das competências da Controladoria-Geral da União:

**Art. 17.** *À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.*

## VII

No Supremo Tribunal Federal, a posição do Ministro Marco Aurélio foi vencida, restando o acórdão ementado nos seguintes termos:

**Ementa: recurso ordinário em mandado de segurança. Recursos públicos federais repassados aos municípios. Fiscalização pela controladoria-geral da união-cgu. Possibilidade. Recurso desprovido.**

*I – A Controladoria-Geral da União pode fiscalizar a aplicação de verbas federais onde quer que elas estejam sendo aplicadas, mesmo que em outro ente federado às quais foram destinadas.*

*II – A fiscalização exercida pela CGU é interna, pois feita exclusivamente sobre verbas provenientes do orçamento do Executivo.*

*III – Recurso a que se nega provimento.*

O fundamento decisivo para o desprovimento do recurso e a afirmação de que “a Controladoria-Geral da União pode fiscalizar a aplicação de verbas federais onde quer que elas estejam sendo aplicadas, mesmo que em outro ente federado às quais foram destinadas” porque a fiscalização que assim exerce “é interna, pois feita exclusivamente sobre as verbas provenientes do orçamento do Executivo” estava dado no voto do relator, Min. Ricardo Lewandowski:

*Pode a Controladoria-Geral da União fiscalizar a aplicação de dinheiro da União onde quer que ele esteja sendo aplicado, isto é, se houver um repasse de verbas federais a um município, ele pode ser objeto de fiscalização no tocante à sua aplicação. E essa fiscalização tem, evidentemente, um caráter interno, pois é exercida sobre verbas provenientes do orçamento do Executivo destinadas aos entes federados.*

*Não se trata, portanto, de invasão de atribuições do Tribunal de Contas da União, como quer fazer crer o recorrente.*

*Cuida-se de um controle prévio ao do TCU, cuja redundância foi explicitamente desejada pelo Constituinte.*

Há que se observar, contudo, que, dadas as definições doutrinárias e especializadas, entre elas as anteriormente mencionadas, a natureza “interna” do controle exercido pela CGU assim se qualifica não por ser exercido sobre “verbas provenientes do orçamento do Executivo”, mas por ser exercido sobre os órgãos e entidades componentes da estrutura administrativa (Poder Executivo Federal) à qual também pertence a instituição controladora (CGU), que assiste e se submete à autoridade maior dessa estrutura (o Presidente da República). Não por outra razão, as atribuições da CGU estão definidas sob essa perspectiva, no art. 17 da Lei 10.683/02, mais uma vez transcrito:

**Art. 17.** *À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.*

Ressalto que o Tribunal de Contas da União também exerce controle sobre “verbas provenientes do orçamento do Executivo”, e nem por isso sua atuação pode ser qualificada como “controle interno”. De ressaltar que, ao exercer o controle sobre a execução do orçamento federal, o TCU o faz sob ângulo diverso daquele típico do controle interno, agindo como insti-

tuição de controle distante da estrutura administrativa sob sua atividade fiscalizadora, e munida de competências diretamente fixadas na Constituição:

*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

*IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inc. II;*

*VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;*

A fiscalização que vem sendo realizada pela CGU nos municípios não se qualifica exatamente como controle prévio ao do TCU, mas como como exercício de uma função concorrente: a do Tribunal de Contas da União expressa com todas as letras na Constituição, ao que me parece para afastar entendimentos de que a fiscalização da aplicação de recursos repassados pela União aos demais entes federados seja competência exclusiva dos tribunais de contas estaduais, e não para afastar a atuação dos órgãos e entidades repassadores da União.

O que o voto do ministro-relator traz é uma outra nota justificativa da atuação da instituição de “controle interno” do Poder Executivo federal sobre a gestão de agentes públicos dos demais entes federados: a utilização de recursos públicos federais.

Essa nota, contudo, não faz parte dos elementos conceituais e normativos expressos do sistema de controle interno.

Se é absolutamente certo que os órgãos repassadores podem e devem fiscalizar *in loco* a correta aplicação dos recursos que transferem aos entes federados, assim como o alcance dos objetivos do instrumento de repasse, não é infenso a questionamentos, sob os prismas doutrinários e normativos, que o órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, possa ou deva atuar como instituição fiscalizadora diretamente sobre a atuação de gestores municipais, lá, no município, ainda que restrita à gestão de recursos federais.

Na verdade, o que faz a CGU no Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos corresponde a uma ação concentrada que substitui ações

individuais de uma série de órgãos federais, espaçadas no tempo. Contudo, a ação isolada de cada órgão, cada um à sua vez, não assume a percepção de devassa, manifestada pelo ministro Marco Aurélio, tal como assim assume a situação na qual uma única equipe faz num mesmo momento o trabalho que compete primariamente aos concedentes.

O que chamava especial atenção nessa forma de atuação é que os auditores da CGU chegam ao município e demandam dos gestores municipais documentos e informações em profusão sobre a aplicação dos recursos federais recebidos para a execução das diversas políticas públicas, dando a sensação de ser a própria administração municipal que está submetida a auditoria de entidade de controle da União, e não do tribunal de contas estadual, como preceitua o art. 31 da Constituição Federal:

*Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.*

Não se pode deixar de ressaltar que os gestores municipais devem apresentar prestação de contas aos gestores dos recursos federais transferidos, seja por força do instrumento de ajuste (convênio, contrato de repasse), seja por força da legislação específica. E mais ainda, estão sujeitos à fiscalização *in loco*. É da própria natureza desse tipo de ajuste de cooperação federativa que assim seja. Contudo, ainda que sujeitos à fiscalização sistemática e individualizada de cada órgão federal repassador, essa atuação não assumia o caráter de verdadeira devassa, de intromissão na administração municipal, que a atuação intensiva por meio dos sorteios se fazia perceber aos prefeitos (não obstante todos os seus demais méritos).

Não por outra razão, os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso apreenderam a atuação da CGU por esse prisma. E tal forma de atuação, ainda que para ela se encontrasse fundamento em lei, não seria lícita ao sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, mas tão somente ao Tribunal de Contas da União.

## VIII

No entanto, o Supremo decidiu pelo entendimento da legitimidade da CGU em atuar da forma traçada no Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos, sob o argumento de que os municípios, soberanamente, ao celebrarem convênios para receberem recursos da União, aceitam submeter-se à

fiscalização do Poder Executivo Federal quanto à aplicação daquilo que lhe foi transferido para aplicação bem delimitada, não havendo, pois, falar em invasão da autonomia municipal.

O debate a seguir transcrito, em suas partes essenciais, tendo de um lado o Ministro Cezar Peluso como opositor de voto vencido, e do outro os ministros que compuseram a posição vencedora, é ilustrativo dessas duas posições:

**O Senhor Min. Dias Tofoli:** *O recurso é da União, ninguém está interferindo em outro ente da Federação; ela está fiscalizando o seu recurso em face do convênio; trata-se de verbas voluntárias.*

[...]

**O Senhor Min. Cezar Peluso:** *São recursos da gestão alheia, está interferindo na administração alheia.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia:** *Mas como o dinheiro público federal. E quando assinou o convênio, ele se submeteu.*

**O Senhor Min. Dias Tofoli:** *O convênio prevê cláusula que admite essa fiscalização.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso:** *O convênio pode prever o que quiser, Ministro. Quero saber onde está, na Constituição, que o Poder Executivo Federal tenha esse poder de interferir na administração de Estados, municípios e Distrito Federal. Não tem, não há norma na Constituição Federal.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia** – *A Constituição prevê no art. 18 que a União, Estados e Distrito Federal, todos autônomos, no exercício de sua autonomia, ele assina o convenio e diz “me dá o dinheiro e eu vou me prestar a dizer”. É isso. Está com base no art. 18.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Nenhum poder pode abrir mão da sua autonomia prevista na Constituição, mediante convênio.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia** – *Não está abrindo mão, está exercendo a sua autonomia.*

[...]

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Isso significa permitir que os estados e os municípios, mediante convênio, desfigurem, mutilem ou acabem com a Federação.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *É que o princípio republicano primeiro, a matriz de todo esse raciocínio que nós estamos desenvolvendo, é o princípio da transparência, da prestação de contas, responsiveness, accountability.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Não negamos isso.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *Esse é um aspecto. O segundo aspecto é que o município se autolimite em sua competência constitucional ao assinar um convênio com a União que o habilita a receber verbas federais. Quando essas verbas federais são aplicadas pelo município, elas não perdem a sua natureza de verbas federais, con-*

*tinuam sendo verbas federais. Ora, o órgão que repassou esse dinheiro, ele pode, sim, fazer auditorias internas para verificar se aquele dinheiro foi bem aplicado ou foi mal versado. E o art. 18 da lei que regula essa matéria diz o seguinte<sup>23</sup>: o que faz a Controladoria-Geral da União quando se depara com um ato de improbidade, com uma irregularidade? Representa a Advocacia-Geral da União, que, por sua vez, tomará as medidas necessária junto ao Ministério Público, junto a Polícia Federal ou junto ao próprio Tribunal de Contas da União. **É um controle prévio, é um controle redundante**, quer dizer, os princípios republicanos que protegem a *res publica* exigem que haja essa redundância.*

[...]

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Mas isso significa que o Congresso Nacional não tem aptidão suficiente para, mediante atuação do Tribunal de Contas da União, fazer isso. Se é redundante, por que? Se está atribuída ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas, por que o Executivo – e de lugar nenhum da Constituição eu tiro isso – teria uma competência redundantes com o Congresso Nacional para fazer a mesma coisa?*

**O Senhor Min. Dias Tofolli:** *Dou uma resposta: nos convênios de trato sucessiva, uma obra em convenio da União com o município, a União só vai liberar a segunda parcela se a primeira parcela tiver sido executada. A União não pode ir lá fiscalizar por intermédio dos seus órgãos de controle? Isso é interferência na Federação, Presidente? E disse que se trata.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Ministro, se tivesse sendo discutida aqui a questão de agentes federais irem verificar in loco, olhar, é uma coisa. Aqui, não; é entrar na administração, nos documentos da administração municipal, exigindo a exibição de documentos, isto é, interferindo naquilo que é próprio da administração da autonomia municipal. Não é questão de olhar, Ministro, saber se a obra está pronta ou não está pronta, isso pode fazer.*

**O Senhor Min. Dias Tofolli:** *Trata-se de aplicação de verbas federais, aplicação de convênios.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia** – *É, Presidente, ele pede o documento para saber exclusivamente se aquilo que consta aqui, que gastou-se tanto e aplicou-se tanto para fazer tal obra, se realmente a obras está lá, é isso que ele pede. E ele não toma providência.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Não, aqui nesse mandado de segurança não é isso.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia** – *É isso sim.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *Nós, no TSE, diuturnamente julgamos essas questões em que as contas são reprovadas*

<sup>23</sup> Art. 18 da Lei 10.683/03: “À Controladoria-Geral da União, no exercício de sua competência, caba dar o devido andamento as representações ou denúncia fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde”.



*porque foram repassadas para uma determinada finalidade e aplicadas em outra finalidade. Ou seja, o órgão que transfere a verba, seja ele um órgão federal ou um órgão estadual, tem o direito e o dever de fiscalizar para onde foi o dinheiro que ele repassou por convenio.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia** – *O dinheiro é do proço brasileiro.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *O que ele está fazendo, no caso? Requisitando os documentos.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Para repassar outras parcelas, ele pode exigir que o órgão lhe faça prova de que cumpriu as obrigações.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *É isso de que se trata, no caso.*

**A Senhora Min<sup>a</sup>. Cármem Lúcia** – *É isso que a Controladoria faz.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *O caso é exatamente esse, é ele dizer: olha, me entregue os documentos, aqui, para nós analisarmos.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Mas é outra coisa, não interferir. O que está acontecendo, aqui, na verdade é uma espécie de correição dentro da Administração Pública municipal.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *Data vênia, não.*

[...]

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Passam a ser departamentos sujeitos a fiscalização permanente do Poder Executivo Federal, isto é, ficando de lado, na verdade, a competência que a Constituição atribui apenas ao Congresso Nacional pelo Tribunal de Contas. Esse é o problema. Acho que estamos estabelecendo precedente extremamente grave.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *Senhor Presidente, se eu fosse agente público federal e não me fosse dado controlar os recursos que eu repasso aos municípios, então eu não faria nenhum convênio mais com qualquer município, porque não tenho como controlar. Se o Supremo Tribunal Federal me tirasse essa prerrogativa de fiscalizar o dinheiro que eu repasso e pelo qual sou corresponsável, eu não assinaria nenhum convênio.*

[...]

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *É só pedir que municípios e Estados prestem contas. Ora, foi passado tanto, os senhores têm de prestar contas antes de qualquer outra medida. Se não presta, toma providência. Comunica ao Congresso, ao Tribunal de Contas da União. O que não pode é o próprio agente que repassa ir lá para interferir no outro Poder, na outra esfera da Federação.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *Ele pediu os documentos correspondentes à aplicação. Só isso.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Não. Uma coisa é requisitar documentos comprobatórios da aplicação da verba. Quanto a is-*

*so, estou de inteiro acordo com Vossa Excelência. Claro, acho que o município não pode recusar.*

**O Senhor Min. Ricardo Lewandowski (RELATOR)** – *Mas ele não vai lá manu militari.*

**O Senhor Min. Cezar Peluso (PRESIDENTE)** – *Contra o que? O mandado de segurança foi impetrado é contra um ato de invasão da administração municipal, não contra requisição de documentos em comprovação.*

## IX

Em toda essa discussão, nota-se que, da percepção que os ministros tiveram sobre essa forma de ação fiscalizadora da CGU, ampla, concentrada, ostensiva derivaram consequências jurídicas muito distintas. Os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso a perceberam com tons de “verdadeira devassa”, “uma espécie de correição dentro da Administração Pública municipal”, “uma invasão da administração municipal”, uma forma de atuação que configura interferência na autonomia municipal, e que, no entendimento do Ministro Cezar Peluso só caberia ser empreendida pelo Tribunal de Contas da União, dada a expressa previsão constitucional do art. 71, inc. VI.

O Min. Marco Aurélio compreendendo que essa ação da CGU era de igual modo inconstitucional, votava para que se desse ao inc. VI do art. 24 da Lei 10.180/01, apontado como fundamento legal que autorizaria de modo expresso essa atuação, interpretação conforme a Constituição, limitando o alcance da expressão “*realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados*”, no que tange a órgãos e entidades públicos, apenas aos órgãos e entidades públicos federais, afastando a realização de auditoria pela CGU sobre a gestão de recursos federais por órgãos e entidades municipais e estaduais.

Tal proposição, afastava a atuação do órgão central de controle interno do Poder Executivo Federal, mas não a atuação dos órgãos repassadores de recursos quanto a fiscalização de seus repasses específicos.

De outro lado, os demais ministros que participarão da votação, compreendendo que cabe, sim, ao Poder Executivo Federal fiscalizar diretamente, *in loco*, nos municípios (e também nos Estados), a aplicação dos recursos federais que seus órgãos e entidades repassaram aos entes federados, sendo isso um exercício legítimo, constitucional e mesmo obrigatório do dever de fiscalizar a aplicação de recursos por cuja boa aplicação eles também respondem, e que não corresponde a qualquer interferência na autonomia municipal.

Todavia, o que não restou bem diferenciado e debatido em extensão nessa compreensão é que uma coisa é a fiscalização ser exercida pelo próprio órgão concedente (Ministério da Saúde, Ministério do Turismo, FNDE, por exemplo), de acordo com previsão em convênio ou em lei, de forma tópica e precisa e espaçada no tempo, algo com que, depreende-se do debate, os ministros com voto vencido concordariam. Outra, é que essa fiscalização seja realizada pela Controladoria-Geral da União, de forma ampla, concentrada, ostensiva, em todos os convênios e ajustes similares celebrados com quaisquer órgãos federais (Ministério da Saúde, Ministério do Turismo, FNDE, Ministério das Cidades, por exemplo), em todas as transferências legais (Programa Nacional de Alimentação Escolar, por exemplo), e em todas as transferências nas modalidades fundo a fundo (transferências do Fundo Nacional de Saúde para o Fundo Municipal de Saúde, por exemplo), por meio de um programa permanente, vigente por prazo indeterminado.

Aqui não se está tratando de uma fiscalização específica conduzida pelo órgão de controle interno, e não pelo órgão repassador, para investigar a ocorrência de desvios de recursos públicos em operações especiais, conduzidas em cooperação com outras instituições (Polícia Federal, Ministério Público, e tribunais de contas), mas de algo sistemática e permanente.

Assim, parece assistir razão ao Ministro Cezar Peluso quando diz que com essa forma de atuação os municípios “*passam a ser departamentos sujeitos à permanente fiscalização do Poder Executivo Federal*”.

De outro lado, há que se registrar que os agentes públicos municipais responsáveis pela gestão de recursos federais estão permanentemente sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União, seja em razão do disposto no parágrafo único do art. 70 e 71, inc. II<sup>24</sup>, seja em razão do disposto no art. 71, VI.

---

<sup>24</sup> **Art. 70.** *A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.* **Art. 71.** *O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;*

De certo modo, poderia o TCU exercer sua competência constitucional estatuída no art. 71, VI, de mesmo modo como vem fazendo a CGU, em seu Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos. Essa seria uma atuação adequada, como bem enfatizou o Ministro Ricardo Lewandowski: “*por fim ressalto que a fiscalização operada pela Controladoria-Geral da União é realizada de forma aleatória, – dada a impossibilidade fática de controlar as verbas repassadas a todos os municípios brasileiros –, por meio de sorteios públicos, efetuados mensalmente pela Caixa*”.

Mesmo sendo afirmada constitucional pelo STF, essa forma de atuação da CGU, creio, não deixará de ser debatida nos meios especializados, dada a sua natureza de órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, cuja atuação, em matéria de execução de ações descentralizadas, deveria nos termos da Lei 10.180/01 estar voltada para (1) a gestão dos administradores públicos federais (art. 19, *caput*); (2) a fiscalização e avaliação quanto ao nível de execução das metas e objetivos estabelecidos e a qualidade do gerenciamento (art. 24, II).

## X

O Programa de Fiscalização por Sorteios Públicos representa uma forma de fiscalização da aplicação de recursos federais repassados aos entes federados que poderia ser perfeitamente realizada pelo Tribunal de Contas da União.

Embora não seja esse seu objetivo, o efeito desse programa acaba por ser, de certo modo, por via transversa, uma forma de apoio ao controle externo (nos termos do art. 74, IV, da Constituição: “apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”).

O TCU não precisa realizar esse trabalho se a CGU já o faz. Pode mesmo o TCU valer-se dos relatórios da CGU para programar ações de fiscalização com outro espectro.

Do programa também se poderia retirar implicitamente uma função de buscar o aprimoramento da “qualidade do gerenciamento” das transferências voluntárias e legais, mediante o apontamento de falhas cometidas pelos órgãos repassadores na gestão dos convênios, configuradas nas diversas irregularidades encontradas na fiscalização.

Como resultado das fiscalizações realizadas sobre a aplicação de recursos federais por outros entes da Federação, a CGU encaminha relatórios com apontamentos de irregularidades aos ministérios supervisores ou faz recomendações aos concedentes, aos quais cabe primariamente a responsabilidade pelo gerenciamento dos convênios e ajustes similares, como se pode

ver no seguinte exemplo relativo ao município de São Francisco do Conde/BA, do qual foi prefeito o impetrante do mandado de segurança 10102-STJ, objeto da decisão do STF sob análise:

**Relatório de fiscalização 007 município de São Francisco do Conde – BA.** *Na Fiscalização realizada a partir de Sorteios Públicos de Municípios dos Programas de Governo financiados com recursos federais foram examinadas no período de 28/10 a 30.11.2003 as seguintes Ações sob responsabilidade do Ministério da Educação: Projeto Alvorada Alimentação Escolar – PNAE FUNDEF Recomeço – Educação de Jovens e Adultos Bolsa-Escola Atendimento à Criança em Creche – ACC Este relatório, de caráter preliminar, destinado aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, gestores centrais dos programas de execução descentralizada, contempla, em princípio, constatações de campo que apontam para o possível descumprimento de dispositivos legais e contratuais estabelecidos para esse tipo de execução.*

*Constatação da Fiscalização: Fraude em licitações no montante de R\$2.021.859,48, quando da aplicação de recursos do FUNDEF, do Programa de Atendimento à Criança em Creche, do Programa Recomeço e do PNAE. Fato: Da análise de 37 processos licitatórios na modalidade Convite apresentados pela Prefeitura Municipal de São Francisco do Conde referentes a Programas Federais, constatamos que pelo menos 30 deles são fraudulentos.*

Independentemente se do ponto de vista legal a CGU pode ou não atuar dessa formada, questão jurídica decidida a seu favor pelo STF, bem como se sob o prisma da compreensão das funções do órgão central do sistema de controle interno essa atuação seja questionada, o fato é que o programa tem produzido bons resultados, o que não impede sejam lançadas algumas considerações finais:

O esforço do controle interno não poderia ampliar-se em direção ao aprimoramento da capacidade fiscalizatória dos órgãos repassadores, deixando aos poucos de despendar sua energia na suplementação da deficiente ação fiscalizadora própria dos concedentes, até mesmo como forma de mitigar a justificada percepção de tutela federal sobre os municípios?

Deve-se refletir se um programa similar, baseado em amostragem ou análise de risco, e contínuo, não deveria ser conduzido pelo Tribunal de Contas da União, no pleno exercício da competência que a Constituição lhe atribui no art. 71, VI, cabendo à Controladoria-Geral da União concentrar mais esforços no aprimoramento do processo de gestão de transferências voluntárias e legais pelos órgãos e entidades da administração pública federal, âmbito inquestionável de sua jurisdição, afastando-se por completo questionamentos jurídicos e doutrinários, assim como intensificando o combate a boa parte das causas estruturais que respondem pelas irregularidades e des-

vios constatadas nas fiscalizações da CGU, as quais encontram-se na fragilidades das estruturas administrativas e dos processos de trabalhos dos órgãos repassadores.

Em tempos de históricos escândalos de corrupção e prejuízos bilionários ao erário ocorridos dentro da administração pública federal devem ser levadas na devida consideração as palavras do Ministro Marco Aurélio sobre a Controladoria-Geral da União, instituição que se qualificou e se elevou imensamente nos últimos vinte anos, receptora de novas e relevantes atribuições dadas por leis (Lei Anticorrupção), pelo próprio Tribunal de Contas da União, e depositária de grandes expectativas sociais:

*Há mais, Presidente. A Controladoria-Geral não é órgão voltado, em termos normativos, à fiscalização dos Municípios, muito menos à fiscalização dos Estado. Penso que se ela cuidar, como previsto em lei de regência, mais especificamente no art. 17 da Lei 10.683/03, dessa atribuição, terá muito o que fazer, no âmbito federal, (...)*

# ÍNDICE ALFABÉTICO

---



Esta obra foi impressa em oficinas próprias,  
utilizando moderno sistema de impressão digital.  
Ela é fruto do trabalho das seguintes pessoas:

**Editoração:**

Elisabeth Padilha  
Fernanda Brunken  
Thamires Santos

**Índices:**

Emilio Sabatovski  
Iara P. Fontoura  
Tania Saiki

**Impressão:**

Lucas Fontoura  
Marcelo Schwb  
Marlison Cardoso

**Acabamento:**

Afonso P. T. Neto  
Anderson A. Marques  
Carlos A. P. Teixeira  
Lucia H. Rodrigues  
Maria José V. Rocha  
Marilene de O. Guimarães  
Nádia Sabatovski  
Rosinilda G. Machado  
Terezinha F. Oliveira  
Vanuza Maciel dos Santos

“ ”  
.