

Flávio de Azambuja Berti
Raphael Silva Rodrigues
(Orgs.)

DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTAÇÃO

Prefácio:
Dr. Gilberto Pinto Monteiro Diniz

Trata-se de obra coletiva composta de textos, em formato de capítulo de livro, com reflexões interdisciplinares do Direito Financeiro e do Orçamento Público, elaborados por diversos autores, todos eles de elevada categoria no meio jurídico nacional.

Com o teto de gastos em vigência, tanto na esfera federal quanto em vários Estados da federação, a questão adquiriu proeminência extra, porquanto o crescimento da despesa em determinada atividade poderá implicar a redução em outra atividade.

As práticas orçamentárias, contudo, nem sempre levam ao seu prestígio. É que a não obrigatoriedade de execução integral e a prévia autorização de reprogramação de boa parte das dotações ao Poder Executivo pelo Poder Legislativo contribuem para seu descrédito. E isso ocorre sem maiores questionamentos, exatamente pela falta de formação em finanças públicas, particularmente em Direito Financeiro, por boa parte dos que poderiam zelar para que ele fosse conduzido com mais rigor.

ISBN 978-65-6006-005-0



9 786560 060050 >



DIREITO
FINANCEIRO
E ORÇAMENTAÇÃO



Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza

Professor da Universidad de Litoral (Argentina)

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BERTI, Flávio de Azambuja

RODRIGUES, Raphael Silva

(Orgs.)

Título: Direito Financeiro e Orçamento - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023.

Organizadores: Flávio de Azambuja Berti

Raphael Silva Rodrigues

ISBN: 978-65-6006-005-0

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito Financeiro 2.Orçamento Público 3.Finanças do Estado I. I.

Título.

CDD: 341.38

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

APRESENTAÇÃO

Trata-se de obra coletiva composta de textos, em formato de capítulo de livro, com reflexões interdisciplinares do Direito Financeiro e do Orçamento Público, elaborados por diversos autores, todos eles de elevada categoria no meio jurídico nacional.

O Direito Financeiro é um ramo do direito público que regulamenta a atividade financeira do Estado, servindo de base para o estudo do orçamento público, das receitas e das despesas públicas. Tal matéria ainda regula a forma como o Estado arrecada, gere e aplica os recursos públicos, de acordo com o interesse público.

Ao contrário de outros ramos do Direito, o Financeiro não apresenta um código próprio, o que exige um estudo diferenciado. Suas principais fontes são: (i) a Constituição Federal (principalmente do art. 163 ao art. 169); (ii) a Lei nº 4.320/64 que estatui ‘Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal’; e (iii) a Lei Complementar nº 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal, que ‘estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências’.

O conhecimento dos três normativos acima é de fundamental importância para o desenvolvimento do juízo crítico do intérprete. Eles são a base para o conhecimento da disciplina e para entender qual a função do Direito Financeiro.

Neste contexto, com base nos pilares do Direito Financeiro (receitas, despesas, crédito público e gestão), a importância do orçamento público é indiscutível. Não se realiza nenhuma política pública sem uma prévia autorização orçamentária.

Não se amplia ou reduz os investimentos em saneamento, em infraestrutura, em escolas, enfim, em qualquer área de atuação do governo, sem que se passe pelo orçamento público.

Com o teto de gastos em vigência, tanto na esfera federal quanto em vários Estados da federação, a questão adquiriu proeminência

extra, porquanto o crescimento da despesa em determinada atividade poderá implicar a redução em outra atividade.

As práticas orçamentárias, contudo, nem sempre levam ao seu prestígio. É que a não obrigatoriedade de execução integral e a prévia autorização de reprogramação de boa parte das dotações ao Poder Executivo pelo Poder Legislativo contribuem para seu descrédito. E isso ocorre sem maiores questionamentos, exatamente pela falta de formação em finanças públicas, particularmente em Direito Financeiro, por boa parte dos que poderiam zelar para que ele fosse conduzido com mais rigor.

Belo Horizonte e Curitiba, maio de 2023.

[Coordenação]

Prof. Flávio de Azambuja Berti

Prof. Raphael Silva Rodrigues

PREFÁCIO

OPORTUNO DO AGIR ÉTICO DO ESTADO E SEUS AGENTES...

Prefaciara uma obra é um desafio, que se torna maior para mim, porque vivo em meu dia a dia profissional a dimensão colocada nesta obra “Direito Financeiro e Orçamentação”, por agentes públicos que enxergam no ofício ligados a esses dois grandes eixos a solução para mazelas de nossa sociedade. Responsabilidade e Direito do agente público e do administrado constituem o fio condutor das reflexões consolidadas nos capítulos desta obra.

O Direito Financeiro e Orçamentário, Orçamento Público e Administração Financeira e Orçamentária (AFO) buscam estudar os diferentes aspectos da Atividade Financeira do Estado, consistente na obtenção de receitas e na realização de despesas públicas, de acordo com o devido e necessário planejamento, consolidado nas leis e nos instrumentos orçamentários públicos.

Tal iniciativa, de construção coletiva desta obra, apresenta, em rigor, com competência e sensibilidade ímpares, os principais aspectos relacionados à AFO, que devem ser o manual de todos os agentes públicos que se dispõem a servir à sociedade.

Aprioristicamente, é preciso ter em mente que a AFO, como disciplina que estuda a atividade financeira do Estado, tem forte interface com o Direito Financeiro, que abrange a receita pública (obtenção de recursos), o crédito público (geração de recursos), o orçamento (gestão de recursos) e a despesa pública (dispêndio de recursos), como também as implicações dos aspectos relacionados à obtenção, à geração, à gestão e ao dispêndio de recursos na sociedade. Vale aqui lembrar as lições do professor Joaquim Carlos Salgado,

(...) direitos fundamentais, (...), atribuídos ao sujeito de direito universal só se tornam possíveis ao fim de um processo histórico e com o conhecimento de valores criados pela cultura ocidental, pela

ponderação da razão, desenvolvida: a) a partir da intuição desses valores considerados como exigíveis e universalmente atribuíveis, b) pela declaração e pelo reconhecimento desses valores por ato de vontade universal. Portanto formalmente postos como direitos nas constituições e, finalmente, c) como efetivação desses direitos pela sua fruição e seu exercício pelo sujeito de direito universal. Eis aí os momentos mais significativos do que se pode entender como ideia de justiça universal concreta.¹

Contribuir para aprimorar o planejamento, a organização, a direção, o controle e a tomada de decisões dos gestores públicos em cada uma dessas fases deve ser o norte a ser perseguido, tradução fiel da justiça em concretude.

Os aspectos do Direito Financeiro, como estudaremos neste livro, são mais amplos do que os da AFO, com foco, claro, nas normas que regulam seu âmbito de incidência, mas, principalmente, chamando a atenção dos agentes públicos para o real motivo de suas ações: o bem-estar do cidadão e o especial cuidado que todos devemos ter para priorizar a tomada de decisões que poderão modificar a vida das pessoas.

Tal contexto nos impõe que as finanças públicas são campo do estudo econômico em que se situa o governo, responsável pela elaboração de políticas que visem ao atendimento das necessidades coletivas e individuais, para o contínuo aumento do bem-estar do cidadão, e permitem a compreensão de noções básicas da Atividade Financeira do Estado intimamente interligadas, tais como: planejamento, elaboração de leis de natureza orçamentária e arcabouços direcionadores do orçamento.

Nessa esteira, abordam-se com propriedade e especificidade importantes pontos das finanças públicas e do direito financeiro, como legalidade da despesa, equilíbrio orçamentário, anualidade

¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 258.

orçamentária, controle da execução orçamentária, vigência (aptidão para produzir efeitos jurídicos) e eficácia das leis financeiras.

Com substrato nas normas do art. 37 da Constituição da República, o Estado exerce a chamada “função administrativa”, que é submetida ao regime jurídico de Direito Público ou regime jurídico-administrativo.

Este prefácio tem por objetivo, em apertada síntese, o alcance ou a incidência das emanações de cada princípio expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, como real expressão e vontade positivada do povo, nestes termos: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.” Esses princípios constituem a base que norteia a elaboração de legislação e de jurisprudência, sem as quais, na atuação da Administração Pública, o ato se torna estéreo. Nos revela o professor Salgado,

Na ação de produzir tem-se o impulso de atuar sobre a coisa segundo uma necessidade, e o resultado desse atuar é o produto. Mediando esse momento inicial e o final está à habilidade de produzir, ou seja, o domínio da atividade sobre regras dadas na experiência individual para atuar sobre as coisas, a técnica (*techné*) pela qual se sabe como se faz, mas não o porquê.²

No que tange à legalidade, compreende-se que, com a criação do Estado Democrático de Direito, formou-se o conceito de que o Estado deverá respeitar as próprias leis que editou, tornando-se assim totalmente contraditório que ele não atue com legalidade e imponha aos seus agentes o cumprimento das normas editadas.

² SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. 2aed. Belo Horizonte, 1998, p. 9.

O princípio da legalidade, hoje também compreendido como princípio da juridicidade, é considerado o pilar da conduta dos agentes públicos, em sua atividade funcional, pelo que todo e qualquer ato administrativo deve ter respaldo em norma jurídica, sob pena de ser considerado ilícito e nulo.

O princípio da legalidade ou da juridicidade, em última *ratio*, constitui garantia fundamental para proteger os demais direitos fundamentais do cidadão. Posto isso, ao administrador público é vedado, mediante mero ato administrativo, conceder direito, estabelecer obrigação ou impor proibição ao cidadão.

Já no que tange à impessoalidade, entende-se que não é permitido à Administração Pública fazer diferenciações que não sejam juridicamente justificáveis. Logo, o agente público não pode se balizar em interesses e opiniões pessoais no exercício de sua atividade funcional, pois ele expressa a vontade da sociedade, e a ele é delegada a responsabilidade de praticar atos administrativos, que devem ser imparciais, inibindo quaisquer privilégios e discriminações.

É exposto na igualdade (ou isonomia) e na proibição de promoção pessoal. A primeira consiste no dever de a Administração Pública dispensar tratamento impessoal e isonômico aos particulares, com o objetivo de atender à finalidade pública, não se permitindo discriminação odiosa ou desproporcional, salvo quando o tratamento diferenciado for entre pessoas que estão em posição de desigualdade, tendo por objetivo efetivar a igualdade material.

A segunda expressão diz respeito às realizações públicas, que não deverão ser feitos pessoais dos seus respectivos agentes, mas sim da respectiva entidade administrativa, ao estrito atender da coletividade.

A moralidade administrativa, como princípio ético-político do Estado Democrático de Direito, reconhecido como conteúdo axiológico formal e universalmente declarado na Constituição brasileira de 1988, por consenso social, tem função sistêmica ou ordenadora sobre toda a ordem jurídica, incidindo em todos os momentos e setores da atividade pública, até mesmo na legislativa³.

³ SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 30, nº 1, p. 97-102, jan./mar. 1999.

O inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784, de 29/01/1999, impõe ao administrador, nos processos administrativos, “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

O ordenamento jurídico dispõe de diversos meios de controle da moralidade administrativa, tais como: a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4.º, e Lei 8.429/1992); a ação popular (CF, art. 5.º, LXXIII, e Lei 4.717/1965); a ação civil pública (CF, art. 129, III, e Lei 7.347/1985); as hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1.º da Lei Complementar 64, de 18/5/1990, alterada pela Lei Complementar 135, de 4/6/2010 (“Lei da Ficha Limpa”); as sanções administrativas e judiciais previstas na Lei 12.846, de 1º/8/2013 (Lei Anticorrupção).

Da alçada da publicidade, extraímos uma regra geral: os atos praticados pela Administração Pública devem ser divulgados. O destaque dos atos administrativos reserva estreita relação com o princípio democrático, prevendo o devido exercício do controle social sobre os atos públicos. No Estado Democrático, a regra é a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas estatais. O sigilo constitui-se na exceção, sendo claro que o acesso à informação, previsto na Lei 12.527, de 18/11/2011 (Lei de Acesso à Informação), e a transparência das atividades estatais contribuem para aumentar a eficiência do poder público, diminuir a corrupção e elevar a participação social. Todos estes são, em suma, direito do cidadão e dever do Estado.

Assim, faz-se necessário que todos os atos praticados e as decisões tomadas no âmbito da Administração Pública sejam devidamente publicados para o conhecimento de todos, sendo o sigilo permitido apenas em casos excepcionais, como de segurança nacional. A regra é que eles sejam publicados e divulgados, para que possam iniciar e ter seus efeitos positivados coletivamente, possibilitando assim submeter-se ao controle de juridicidade.

Eficiência, por fim, foi o princípio acrescido ao rol daqueles que já figuravam no *caput* do art. 37 da Constituição brasileira de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que promoveu alterações no texto constitucional que ficaram conhecidas como “reforma administrativa”. Esse princípio nos remete a ideias

intimamente ligadas à racionalização, produtividade, economicidade e à necessidade de efetivação célere das finalidades públicas.

A eficiência, em linhas gerais, está relacionada à ideia de fazer o mais com o menos, constituindo-se pilar da “boa administração” e da “boa governança”, cujo desiderato é atender aos anseios da sociedade, mediante a prestação de serviços públicos de forma rápida, eficiente, eficaz e de qualidade, gastando o menos possível.

Este é o nosso compromisso: demonstrar que a justiça fiscal ou financeira, que perpassa pelo exercício da atividade econômica estatal de forma eficiente, efetiva e eficaz, é indispensável para a positivação dos direitos fundamentais concretizados na Constituição, como também que a atuação dos órgãos exercentes do poder estatal e de seus agentes é imprescindível para materialização da justiça fiscal ou financeira no Estado Democrático de Direito brasileiro, sobretudo, mediante repressão ao desperdício e a outras formas de mau emprego ou de malversação dos recursos públicos. Efetivar direitos fundamentais, sob a forma de prestação de serviços públicos oportunos e de qualidade, constitui justiça formal e material ou concreta.

Neste livro, encontram-se caminhos e ideias para a boa conduta do agir ético do Estado, por meio da atuação de seus agentes, e, mais que isso, pela experiência do dia a dia de quem realmente acredita que o Estado Democrático de Direito, nomeadamente o de viés social, como instituição eminentemente ética, foi concebido para realizar o bem e para cuidar das pessoas.

Boa leitura!

Gilberto Pinto Monteiro Diniz

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Contador. Especialista em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). Atualmente, exerce o cargo de Presidente do TCEMG.

SUMÁRIO

- O dever de transparência e a vedação de sigilo fiscal às renúncias de receitas tributárias concedidas às empresas17
Carlos Braga, Larissa Cristina Fagundes da Rosa e Silva, Maria Stela Campos da Silva, Patrick Bezerra Mesquita, Silaine Karine Vendramin, Vera Braga
- Uma breve análise do Pregão Eletrônico como modalidade obrigatória para contratação de bens e serviços comuns na nova lei de licitações e as plataformas utilizadas no estado do Paraná 35
Carlos Eduardo Vanin Kuklik, Crislayne Cavalcante, Flávia Geórgia Quaesner Toledo, Gihad Menezes, Marcus Vinícius Machado, Vitor Hugo de Souza Camargo
- A ADPF 932 e a (i)mutabilidade constitucional: riscos aos princípios republicanos e de separação de poderes? 59
Diego de Araújo Lima, Rodrigo Marzano Antunes Miranda
- O instrumento contratual nas contratações baseadas em registros de preços. Ata de registro de preços versus contrato. Considerações acerca da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21) 85
Edilson Gonçalves Liberal
- Giro paradigmático do controle da gestão pública sob a perspectiva da efetividade de direitos fundamentais 115
Elke Andrade Soares de Moura
- Utilização ilegal de receitas públicas na aquisição de medicamentos pelos municípios no Brasil 133
Flávio de Azambuja Berti, Raphael Silva Rodrigues
- De piso a teto de gastos: disruptura da progressividade para efetivação do direito fundamental à saúde? 165
Gilberto Pinto Monteiro Diniz

A pandemia e o novo paradigma constitucional para o direito financeiro	191
<i>Harrison Leite</i>	
A liberdade econômica e seus reflexos no licenciamento de atividades econômicas pelos municípios.....	209
<i>Helton Kramer Lustoza, Rafael de Lazari</i>	
Controle externo da execução orçamentária.....	241
<i>Kiyoshi Harada</i>	
A Lei n. 14.133/2021 e suas linhas de defesa: o papel do controle externo no novo marco legal das contratações públicas no Brasil.....	261
<i>Leandro Maciel do Nascimento</i>	
Responsabilização (solidária) do particular pela reparação do dano ao erário em processos de contas - regime jurídico e controvérsias ...	293
<i>Rafael Moraes Gonçalves Ayres</i>	
Impactos da pandemia da COVID-19 no orçamento público à luz do direito financeiro e tributário	319
<i>Raphael Silva Rodrigues, Flávio de Azambuja Berti</i>	
O invisível no direito financeiro	337
<i>Regis Fernandes de Oliveira</i>	
O lançamento da contribuição de melhoria e o sistema tributário	355
<i>Wilmar da Costa Martins Junior</i>	

O DEVER DE TRANSPARÊNCIA E A VEDAÇÃO DE SIGILO FISCAL ÀS RENÚNCIAS DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS CONCEDIDAS ÀS EMPRESAS

Carlos Braga⁴

Larissa Cristina Fagundes da Rosa e Silva⁵

Maria Stela Campos da Silva⁶

Patrick Bezerra Mesquita⁷

Silaine Karine Vendramin⁸

Vera Braga⁹

4 Graduado em Direito pela Faculdade Ideal. Mestrando em Direito e Desenvolvimento na Amazônia pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará. Advogado. E-mail: carlitosgondim@gmail.com. ORCID: 0000-0003-2097-9052.

5 Graduada em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Amazônia pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará. E-mail: larissa.fagundes89@gmail.com.

6 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da graduação e pós-graduação da UFPA. Experiência: Direito Público, Financeiro e Tributário. E-mail: stelacampos@ufpa.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7820-9547>.

7 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Direito e Desenvolvimento na Amazônia pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador de Contas do Ministério Públicos de Contas do Estado do Pará. Ex-Advogado da União. E-mail: patrickbezerra@gmail.com. ORCID: 0000-0003-3581-3872.

8 Graduada em Direito pela Faculdade do Pará e em Jornalismo pela UNESP. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Aguanguera-Uniderp. Mestranda da Pós-graduação em Direito e Desenvolvimento na Amazônia da UFPA. Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado do Pará. E-mail: silaine.vendramin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6241-0062>.

9 Graduada em Economia e Administração pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Gestão Governamental pelo Centro Universitário do Estado do Pará. Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Amazônia pela Universidade Federal do Pará. Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9007-7663>.

INTRODUÇÃO

A célebre premissa de que a publicidade é regra na administração pública e o sigilo é exceção não poderia ser diferente quando o assunto é renúncia de receita concedido por meio de incentivos fiscais.

Correia Neto (2016) bem explica “os dois lados da moeda” na renúncia de receita tributária: de um lado, o instituto possui uma função de incentivo a determinados objetivos constitucionais, especialmente quanto à promoção de desenvolvimento e à redução de desigualdades; de outro lado, um “custo fiscal”, uma espécie de despesa indireta, que é materializado pela perda da arrecadação de receitas públicas tão importantes para que o Poder Público faça frente a diversas necessidades coletivas.

Essas benesses fiscais constituem também uma exceção ao princípio da não diferenciação tributária. Nas Políticas de Desenvolvimento Regional esses incentivos costumam ser dados de forma onerosa, ou seja, mediante o estabelecimento de contrapartidas que a empresa terá que cumprir para receber o benefício (CORREIA NETO, 2016).

Há nesses casos uma dupla razão para o acompanhamento dessas renúncias fiscais pela sociedade. Primeiro, para verificar se os resultados dessas contrapartidas estão acontecendo conforme o planejado e se guardam razoabilidade com a despesa indireta concedida. Segundo, se o objetivo proposto é constitucional e justifica a exceção a não diferenciação tributária.

Em que pese esse “custo fiscal” e o fato da Constituição Federal de 1988 (CF/88) ter adotado a transparência pública como regra, as renúncias fiscais residiam numa área controversa quando o assunto era transparência versus sigilo.

Antes da alteração promovida pelo artigo 45 da LC nº 187, de 16 de dezembro de 2021, no artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN), excepcionando o incentivo fiscal do dever de sigilo do fisco, a fazenda pública constantemente alegava que tais informações eram albergadas pelo sigilo fiscal disposto no caput deste mesmo artigo. Assim, esta alteração promoveu adequada integração com o sistema

de transparência das verbas públicas, acabando com a controvérsia e insegurança jurídica existente.

Nesse passo, a finalidade deste artigo é repensar a maneira como o Estado pode disponibilizar as informações referentes aos incentivos fiscais concedidos às empresas de forma onerosa, com dados relevantes ao controle social, como: as contrapartidas, valores e cálculos das renúncias de receitas tributárias, prazos etc.

Neste contexto, o presente estudo foca em responder à seguinte problemática: de que forma a alteração na redação do artigo 198 do CTN (introduzida pelo artigo 45 da LC nº 187/2021) pode ser utilizada em prol de maior controle social sobre os incentivos fiscais?

A pesquisa envolve a análise dogmática dos institutos jurídicos que permeiam o tema, com a realização de levantamento legislativo e bibliográfico em doutrina e jurisprudência, para, a partir do método dedutivo, responder a problemática mediante a exploração dos seguintes tópicos deste artigo: 1) renúncia fiscal onerosa e a contraprestação à sociedade; 2) o dever de publicidade e transparência dos incentivos fiscais para o controle social; 3) a alteração no artigo 198 do CTN e a adequada integração com o princípio da publicidade das verbas públicas.

O tema é relevante por tratar de recente e importante alteração legislativa, e esta pesquisa pode servir de semente para a difusão do assunto, inclusive, fomentar comportamentos por parte da Administração Pública, das empresas beneficiadas e da sociedade.

1 RENÚNCIA FISCAL ONEROSA E A CONTRAPRESTAÇÃO À SOCIEDADE

A atividade financeira do Estado compreende o modo através do qual o governo arrecada, reparte, gasta e se endivida, e como tudo isso é organizado e controlado (OLIVEIRA, 2019). A arrecadação advém da relação entre os cofres privados e o cofre público, melhor explicando, como parte da receita privada ingressa às contas públicas. Isso pode acontecer por meio de tributos, ou venda do patrimônio público,

ou pode ocorrer também fruto de normas sancionatórias, como as multas, entre outras (SCAFF, 2018).

No entanto, a principal fonte de arrecadação de receita acontece mediante o pagamento de tributos por pessoas físicas e jurídicas. Logo, na tributação está representado o dever de cooperação e solidariedade do indivíduo com a sociedade da qual faz parte (PINTO, 2021).

Entretanto, os tributos além de abastecer os cofres públicos, também realizam outras funções e influem significativamente na economia e no comportamento dos cidadãos (função extrafiscal). Diz o art. 151, I, da CF/88, que é vedada a instituição de tributo pela União que não seja uniforme em todo o território nacional. Porém, na parte final, há a ressalva: “admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”. Nota-se uma exceção à não diferenciação (SCHOUERI, 2018), com vistas à redução de desigualdades regionais, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, III).

A renúncia fiscal, caracterizada pelos mecanismos expressos no § 1º do art. 14 da LRF¹⁰, foi implantada no Brasil num contexto de escassez de recursos públicos necessários para que o Estado pudesse fazer frente às diversas demandas sociais, a partir, principalmente, da Reforma Tributária de 1965/1966. Tais renúncias passaram a ser uma alternativa viável para implantar políticas públicas em prol de objetivos constitucionais, da mesma forma como se essas políticas públicas pudessem ser financiadas por meio de despesas públicas diretas (GOULARTI, 2020).

Segundo Correia Neto (2016) faz parte das estratégias normativas dos incentivos para atingir as finalidades propostas pelo gestor público: a definição de contrapartidas que devem ser implementadas pelas empresas para a aquisição do incentivo, prazo etc. Por isso,

10 § 1o A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

estes instrumentos são chamados de onerosos e devem guardar coerência com os resultados que se deseja atingir. Portanto, faz-se necessário mensurar os efeitos práticos e concretos da política de concessão destes incentivos, de forma a identificar se os resultados estão realmente acontecendo em sintonia com o bem-estar social e o desenvolvimento econômico planejado pelo Estado. Ou se estão somente significando gastos públicos indiretos (SURREY, 2013) sem efetividade nas contrapartidas.

Esse tipo de análise se justifica nas situações em que o gozo do benefício fiscal, ou sua quantificação/modulação, esteja condicionado ao atendimento de exigências específicas (habilitatórias) e contrapartidas (número de empregos gerados, técnicas inovadoras, índices de sustentabilidade, ações de responsabilidade social etc.), cuja avaliação depende de alguma providência administrativa a cargo de órgão da Administração Pública ou Comissão criada para tal fim. Este recorte é necessário pois são estas concessões onerosas, estabelecidas mediante contrapartidas, que interessa ao objeto deste artigo.

É importante ter em mente que, caso o ente privado não recebesse o benefício, o pagamento do tributo estaria sendo utilizado para o governo promover políticas públicas. Assim, é necessário que as contrapartidas estejam claras e evidenciadas, para que se possa avaliar se a empresa está gerando, de fato, mais empregos, ou incrementando a economia e a qualidade de vida da região.

Portanto, a isenção ou redução do tributo significa verdadeiro gasto público, por meio de renúncia de receita, que deve ser controlado de forma transparente e concedido de maneira responsável (CORREIA NETO, 2016).

Porém, ao contrário dos gastos públicos diretos, realizados através da execução orçamentária, limitados pela anualidade, dotação e efetivados por meio do empenho, liquidação e pagamento, o instrumento dos benefícios fiscais escapam dos controles tradicionais das despesas públicas, gerando dificuldades para o controle de sua eficiência. Na maioria das vezes, acaba sendo concedido sem a devida transparência e adequado planejamento.

Sendo assim, os incentivos fiscais possuem duas faces: ao mesmo tempo que servem de incentivo e promoção de política pública, representam gastos indiretos que precisam ser mensurados. Portanto, é fundamental que haja proporção entre a finalidade do incentivo e o gasto indireto que ele causa. Sem essa mensuração de forma consistente, corre-se o risco de o Estado só aprofundar as desigualdades sociais e econômicas da população.

Porém, essa mensuração deve ser feita com efetiva publicidade e transparência destes incentivos fiscais concedidos de forma onerosa às empresas. É necessário que a sociedade tenha ciência das empresas que recebem estes benefícios e as contrapartidas que elas estão comprometidas a promover em prol da sociedade. Na verdade, teoricamente, se houvesse a devida transparência, seria muito mais fácil controlar o incentivo que possui uma vinculação - finalidade, plano de implementação das contrapartidas - do que as receitas dos impostos que não estão vinculados a um gasto específico (SANTO, 2019).

Almeida (2000) destaca que as renúncias fiscais constituem uma política de governo disseminada no mundo todo, com a diferença que nos países desenvolvidos há controle e monitoramento dos resultados socioeconômicos efetivamente alcançados, o que leva a crer que a efetividade da política de renúncia fiscal depende, dentre outras coisas, de transparência do Estado.

2 O DEVER DE PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA DOS INCENTIVOS FISCAIS PARA O CONTROLE SOCIAL

A República remete a ideia de coisa “do povo para o povo”, daí a origem etimológica *Res*, coisa em latim, precedendo o *publica*. O princípio republicano é tão importante que foi inscrito logo no primeiro artigo da CF/88, como que para fincar uma bandeira interpretativa a se irradiar por todo o sistema jurídico, trazendo as bases da cidadania (MESQUITA, 2016).

Oportunas são também as palavras de Britto (2011, pag. 1325) sobre o assunto:

É sob esse entendimento jurídico de cidadania que a nossa Constituição volta muitas vezes ao tema. E volta em sentido afirmativo ou de forte prestígio. Para fazer da cidadania um mecanismo de fiscalização, controle e acionamento do poder. Um necessário instrumento de cobrança, denúncia, representação, queixa... e também de colaboração, claro! O cidadão a vitalizar o lema de que “o preço da liberdade é a eterna vigilância” (frase que ninguém sabe ao certo se de autoria de Thomas Jefferson ou Stuart Mill). Ele totalmente livre para se informar, vigiar e cuidar, seja por conta própria, seja requestando as autoridades.

No entanto, é necessário prover os cidadãos com o instrumental necessário para fiscalizar se seus bens são geridos de acordo com a vontade geral, manifestada através do ordenamento jurídico (Estado Democrático de Direito). *Nesse sentido, o direito à informação é princípio fundamental da CF/88 (art. 5º, incisos XIV e XXXIII), que viabiliza o controle social (SCAFF, 2018).*

Assim, a CF/88 consagrou a publicidade como linha mestra e condutora da atuação da Administração Pública, conforme preconiza o art. 37. Contudo, em muitos casos, a publicidade é reduzida ao mero ato formal de publicação de extratos na imprensa oficial, revelando-se insuficiente para garantir o direito fundamental à informação pública clara, consistente e significativa para o efetivo controle social.

Scaff (2018) faz algumas distinções entre os vocábulos - *publicação, publicidade e transparência* - que cotidianamente são aplicados como sinônimos. Segundo ele, **publicação** é a simples divulgação oficial de atos de governo, por meio de imprensa gráfica ou *internet*, além de constituir um pressuposto de validade destes atos. A **publicidade** consiste na ampla difusão de informações governamentais de interesse da sociedade (por ex. campanha de vacinação). Já a **transparência**

prima em dar acesso para a sociedade de todo e qualquer ato ou documento público de maneira simples, acessível, inteligível e em formato aberto.

Entre as diversas nuances desse princípio que visa garantir o Direito à Informação está a Transparência Fiscal. Para Torres (2009), o Princípio da Transparência Fiscal aponta que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade e, apesar de não estar explícito na CF/88, perpassa por todos os outros princípios constitucionais e irradia inclusive para as normas infraconstitucionais.

A CF/88 traz importante preocupação deste conceito com a renúncia de receita no art. 165, § 6º, ao obrigar que o projeto de lei orçamentária seja acompanhado de demonstrativo regionalizado dos efeitos, sobre as receitas e despesas, dos benefícios fiscais. No entanto, tal ato acaba tendo apenas o caráter informativo de forma global, sem dados concretos para mensurar os resultados de forma individualizada por empresas (CORREIA NETO, 2016).

A Transparência Fiscal deriva do Princípio da Responsabilidade Fiscal, também denominado de *accountability*, que tem relação com uma gestão eficiente, transparente e consciente do dever de prestar contas com órgãos de controle e com a sociedade (TORRES, 2009). Sob esse entendimento, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) dispõe expressamente que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente tanto com relação às receitas e despesas quanto com relação às renúncias de receitas, a fim de que seja preservado o equilíbrio das contas públicas (§1º, art. 1º). Os arts. 48 e 48-A¹¹ da LRF também são importantes vetores de transparência fiscal.

11 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.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante: 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

Desta forma, a transparência e o equilíbrio entre receita e despesa deve permear a execução dos instrumentos de planejamento e as políticas de desenvolvimento socioeconômico regional. Pensando nesse equilíbrio, a LRF elenca algumas condicionantes, no art. 14, para que o Estado possa conceder benefícios fiscais, ou seja, renunciar receita. Dentre as condicionantes estão: a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar a vigência e nos dois seguintes; a demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual (LOA); e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). No entanto, tais dados também são formalmente publicados, porém muitas vezes inconsistentes e inteligíveis, pois carente de demonstração de cálculos (CORREIA NETO, 2016). Além disso, não há publicação de forma individualizada dos incentivos fiscais, somente dados globais, o que impede o efetivo controle social sobre as concessões de incentivos fiscais obtidos de maneira onerosa.

Em 2011, por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), avançou-se mais ainda quanto ao princípio da transparência. Dentre diversas previsões, está disposto no art. 3º:

- I- observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II- divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e (...)

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

- 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.

O princípio indicado no inciso II acima trata da obrigação de publicar de forma espontânea informações públicas importantes. A divulgação proativa é denominada transparência ativa. A Administração não pode se restringir a atender solicitações, deve divulgar, de forma proativa, as informações de interesse do cidadão (MENDEL, 2009).

A LAI ainda reforça o dever do Estado de garantir o direito de acesso à informação de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (art. 5º); cabendo aos órgãos e entidades do poder público assegurar o amplo acesso à informação e sua divulgação (art. 6º); por meio da disponibilização de dados atinentes à utilização de recursos públicos, à implementação, ao acompanhamento e aos resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, incluídas as metas e os indicadores (art. 7º).

Outro importante aspecto da lei é o estabelecimento da Transparência Ativa e Passiva na administração pública, sendo a primeira compreendida como a exigência de órgãos e entidades públicas de divulgar, de forma espontânea, independente de terem sido solicitadas, informações de interesse geral; e a segunda, refere-se à criação dos Serviços de informação ao Cidadão (SIC), um canal efetivo para a sociedade apresentar à administração pública sua demanda de informação com prazos razoáveis estabelecidos para a resposta.

Todavia, a par de toda a legislação, há uma inegável opacidade quando se trata de renúncias de receita tributária.

Conforme pesquisa de Santos et al (2018), constatou-se poucas informações quanto às renúncias fiscais nos Estados brasileiros. O trabalho ainda frisa que a transparência fiscal é considerada

“cumprida” com a simples disponibilização de um portal com dados de receita e despesa, mas sem dados pormenorizados de renúncias fiscais.

Segundo Correia Neto (2016) a finalidade do incentivo fiscal vincula a sua própria existência e são parâmetros para se avaliar os resultados produzidos. Desta forma, as razões explícitas nos princípios que justificaram a concessão do benefício passam a compor o ordenamento jurídico adquirindo um caráter impositivo. Assim, caso não produzam os resultados esperados, estes incentivos deveriam ser cancelados. Mas para que isso realmente aconteça é necessário transparência e divulgação das contrapartidas para a sociedade fiscalizar.

Entre as razões para essa opacidade, os autores da pesquisa (SANTOS *et al.*, 2018) destacam a falta de acompanhamento e a não sistematização ou ausência de um banco de dados e, ainda, a corriqueira justificativa das fazendas públicas da necessidade de garantir o sigilo fiscal dos dados relativos aos beneficiários dessas renúncias, com base no regramento tributário contido no art. 198 do CTN, mas isto ocorria antes de sua alteração pelo artigo 45 da LC nº 187, de 16 de dezembro de 2021. Esta alteração trouxe segurança jurídica e clareza ao mandamento constitucional e infraconstitucional de transparência das verbas públicas proveniente de incentivos fiscais.

3 A TRANSPARÊNCIA É A REGRA, O SIGILO EXCEÇÃO: A ALTERAÇÃO NO ARTIGO 198 DO CTN E A ADEQUADA INTEGRAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DAS VERBAS PÚBLICAS

A Receita Federal além de não divulgar espontaneamente (transparência ativa) os beneficiários dos incentivos fiscais vinha, recorrentemente, quando requerida (transparência passiva) defendendo a tese de que esses benefícios estariam sujeitos ao sigilo fiscal previsto no art. 198, *caput*, do Código Tributário Nacional. Entretanto, este entendimento equivocado não se sustentou, e, em 16

de dezembro de 2021, a alteração promovida pelo artigo 45 da LC nº 187 deixou claro que os incentivos fiscais constituem exceção ao sigilo, por meio da seguinte redação consolidada do art. 198 do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. [...]

§ 3º **Não é vedada a divulgação de informações relativas a**

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública

III – parcelamento ou moratória; e

IV - **incentivo, renúncia, benefício ou imunidade de natureza tributária** cujo beneficiário seja pessoa jurídica (grifos nossos).

Observa-se que mesmo antes desta inclusão do inciso IV, no § 3º, do art. 198, a CGU¹² já havia se manifestado, em 2012 e 2018, determinando que a Receita Federal e o Ministério da Fazenda-Economia divulgassem informações sobre imunidades e renúncias fiscais de pessoas jurídicas separadas por empresas.

E o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2015, manifestou-se, no MS 33.340 – DF, a favor do acesso aos dados sobre gastos tributários pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entendendo que o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos.

Em meados de 2020, houve decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, no STF, nos autos do pedido de Suspensão Liminar (SL) nº 1.296, que abordou de forma provisória esta temática, em manifestação

12 no processo 16853.007356/2012-15 e no processo 16853.005745/2018-00.

contrária à divulgação, porém a decisão não atacou o mérito da discussão e evidenciou muito mais a questão da ordem administrativa, já que, pelos próprios argumentos da defesa, as informações sobre renúncias fiscais requeridas pelo autor da ação eram muito complexas, não estavam disponíveis e seria necessário deslocar expressiva força de trabalho para compor o que foi requerido.

A tese de sigilo vai contra o princípio da publicidade e transparência, impedindo o controle democrático, principalmente por se tratar de recursos públicos, gastos indiretos, portanto, passíveis de serem informados à sociedade. Por isso, acertadamente o artigo 45 da LC nº 187/2021 colocou uma pá de cal nesta controvérsia ao dizer que “não é vedada a divulgação de informações relativas a incentivo, renúncia, benefício ou imunidade de natureza tributária cujo beneficiário seja pessoa jurídica”.

Agora resta saber o alcance que a Fazenda Pública e o governo vai dar para esta alteração. O vocábulo “não é vedada” obviamente que deve ser lido como uma segurança jurídica para a divulgação transparente e ativa destes dados e não apenas serem disponibilizados quando requeridos. Será necessária uma mudança não só de mentalidade, mas principalmente na gestão da informação destes recursos renunciados, possibilitando que a sociedade se aproprie destas informações e fiscalize se a renúncia fiscal está cumprindo o seu desiderato ou se está promovendo mais desigualdade e precisa ser extirpada.

O ideal é que seja criado um Portal do governo somente para a divulgação destes dados das empresas que recebem incentivos fiscais, com as informações pormenorizadas de contrapartidas, prazos definidos, cálculos individualizados referente ao equilíbrio fiscal, acompanhamento das metas pelos órgãos responsáveis etc. Tudo de forma simples, aberta e acessível ao controle social. E, da mesma forma, as empresas beneficiadas deveriam disponibilizar tais informações em seus sites, e, caso não o fizessem poderiam ter seus benefícios suspensos até devida publicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“A luz do sol é o melhor desinfetante” - esta frase foi dita pelo Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte americana em 1914. Porém, a contemporaneidade da expressão é notória em diversos aspectos, dentre eles em relação ao dever de transparência e publicidade da Administração Pública de todos os seus atos e gastos (diretos e indiretos).

A transparência, consequência do dever republicano e do Estado Democrático de Direito, é uma salvaguarda da sociedade contra desperdícios e desvios de recursos públicos, propiciando a fiscalização dos gastos públicos pelos órgãos de controle, dentre eles os Tribunais de Contas, o Ministério Público de Contas, bem como pela própria sociedade.

A recente alteração no artigo 198 do CTN deixou claro que o sigilo fiscal, previsto neste artigo, não deve ser utilizado como fundamento para a não divulgação de informações sobre renúncia de receita fiscal, como muitas vezes vinha acontecendo.

A inclusão do incentivo fiscal ao rol de exceção para o sigilo fiscal veio compatibilizar, de forma explícita, as normas e o dever de transparência e publicidade da administração pública com o instituto da renúncia de receita tributária, tendo em vista que os incentivos se constituem em gastos indiretos, e requerem acompanhamento e controle social.

Neste contexto, o presente estudo buscou responder à seguinte problemática: de que forma a alteração na redação do artigo 198 do CTN (introduzida pelo artigo 45 da LC nº 187/2021) pode ser utilizada em prol de maior controle social sobre os incentivos fiscais?

Com a alteração no artigo 198 do CTN a fazenda pública possui segurança jurídica para divulgar as informações pormenorizadas sobre as renúncias de receitas, identificando empresas, valores de renúncia, prazos e contrapartidas para a fiscalização da sociedade. O ideal é que haja um *site* específico para a divulgação destes dados em formato aberto, simples e acessível, conforme dispõe a LAI, ou ainda

no próprio *site* da entidade pública responsável pela administração das renúncias, uma página exclusiva para divulgação desses dados, de fácil acesso e intuitiva. Da mesma forma, a própria empresa recebedora dos incentivos também deveria dispor em seu *site* tais informações, sendo esta uma das condições para se manter o benefício. Logo, tais informações devem fazer parte de uma transparência ativa por parte do Estado, evidenciando informações capazes de promover e impulsionar o controle social.

A ausência de transparência dificulta o controle tão necessário ao bom funcionamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. C. R. *Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília-DF, v. 31, n. 84, p. 19-62, abr./jun. 2000.*

AVI-YONAH, Reuven S. *Os três objetivos da tributação. Tradução de Luís Flávio Neto. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, n. 22, 2008.*

BRITTO, Carlos Ayres. *Tribunal de Contas: instituição pública de berço constitucional. Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011.*

CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro. - 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.*

GOULARTI, Juliano Giassi. *Política fiscal e desoneração tributária no Brasil. 1ª ed. Florianópolis: Editora Insular, 2020.*

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.*

MENDEL, Toby. *El Derecho a la Información en América Latina: comparación jurídica. Quito: UNESCO, 2009.*

MESQUITA, Patrick Bezerra. *Contas Públicas Sigilosas: um oximoro inconstitucional em face dos Tribunais e Ministérios Públicos de Contas. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Brasília-DF, Vol. 10, n. 1, jun. 2016.*

OLIVEIRA, Regis F. de. *Curso de direito financeiro. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.*

PINTO, Élide Graziane. *(Des) controle do regime jurídico das renúncias de receita. In: SCAFF, Fernando Facury; LANNA, Gustavo; ROCHA,*

Sergio André. (orgs.). *Interseções entre o direito financeiro e o tributário*. 1ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

SANTO, Samuel. O controle dos incentivos fiscais à luz do Direito e do dever de informação. *Revista FESDT*, n. 10, jun. 2019.

SANTOS, Otávio Albuquerque Ritter dos; et al. *Transparência das políticas públicas de renúncia fiscal: uma análise sob a ótica de dados abertos*. In: SILVESTRE, Luciana Pavowski Franco (org.). *Políticas públicas no Brasil: exploração e diagnóstico 2 [recurso eletrônico]*. Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. 1 Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SURREY, Stanley S. *Pathways to tax reform: the concept of tax expenditures*. Boston: Harvard University Press, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, v.1. Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

UMA BREVE ANÁLISE DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO MODALIDADE OBRIGATÓRIA PARA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS PLATAFORMAS UTILIZADAS NO ESTADO DO PARANÁ

Carlos Eduardo Vanin Kuklik¹³

Crislayne Cavalcante¹⁴

Flávia Geórgia Quaesner Toledo¹⁵

Gihad Menezes¹⁶

Marcus Vinícius Machado¹⁷

Vitor Hugo de Souza Camargo¹⁸

1. INTRODUÇÃO

No início de tudo era o Pregão Presencial, que veio com a promessa de trazer maior agilidade ao intrincado processo de compras públicas, realizado por meio das tradicionais modalidades previstas na Lei Federal 8666/93 – concorrência, tomada de preços e carta convite. A seleção desta ou daquela modalidade levava em conta, em primeiro lugar, o preço.

O pregão como modalidade de licitação inaugurava novidades ao processo de compras. A primeira foi, sem dúvida, a mudança de paradigma, pelo qual a seleção da modalidade deixou de se basear no valor e passou a considerar a natureza do objeto propriamente dito. A

13 Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com formação em Direito.

14 Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com formação em Direito e Coordenadora do Instituto Rui Barbosa.

15 Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com formação em Direito.

16 Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com formação em Direito e Ciências Contábeis.

17 Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com formação em Direito e Ciências Econômicas.

18 Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Paraná com formação em Direito.

segunda e a terceira novidades foram procedimentais, com a inversão de fases e a etapa de lances, admitindo-se, ainda, a negociação entre a Administração Pública (na figura do Pregoeiro) e os fornecedores ao final do procedimento.

As modalidades tradicionais, a seu turno, permaneceram válidas e eficazes na contratação de bens e serviços especiais (assim considerados aqueles que não se enquadram na definição de bens e serviços comuns), que exigem análise da técnica para julgamento da proposta mais vantajosa.

2. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PREGÃO: DO PRESENCIAL AO ELETRÔNICO

O Pregão consagrou-se como a modalidade mais indicada para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles produtos e serviços *“cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*¹⁹. Embora essa definição tenha recebido inúmeras críticas da comunidade jurídica pela falta de objetividade, podemos compreender *bens comuns* como aqueles produtos encontrados prontos, em prateleiras; enquanto *serviços comuns* são aqueles que não exigem elevada complexidade técnica para sua execução, são passíveis de serem avaliados e cotados objetivamente, e, sobretudo, encontrados facilmente no mercado.

Uma vez consolidada como a modalidade licitatória eficiente para a contratação de bens e serviços comuns, o pregão evoluiu para o processamento eletrônico, realizado por meio de plataformas desenvolvidas para essa finalidade. Com isso, a Administração Pública passou a processar e julgar propostas utilizando recursos da tecnologia

¹⁹ Artigo 1º, p. único da Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002: *“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”*

da informação, totalmente à distância e de forma mais eficiente. Ao deixar de exigir o encontro presencial entre Administração Pública e licitantes, o pregão eletrônico arrefeceu barreiras criadas pela distância geográfica, viabilizando que qualquer interessado participe das licitações, desde que tenha acesso à internet.

O fato de o interessado não precisar investir em viagens e deslocamentos de seus representantes, para participar de licitações por todo país, ampliou o rol de possibilidades tanto para o mercado fornecedor quanto para a administração, ao reduzir as chamadas “barreiras de entrada”. Nesse cenário, inegável que o pregão eletrônico ampliou a competitividade, materializando um dos objetivos centrais da licitação.

Outra vantagem do pregão eletrônico é a possível redução de fraudes e conluíus entre licitantes. Práticas fraudulentas, como a combinação prévia de vencedor, a intimidação de novatos ou o comparecimento do proponente com vários envelopes de preço, com a escolha do mais oneroso a depender de quem comparecesse, tornam-se mais difíceis quando a licitação é processada e julgada por meio eletrônico. O licitante não sabe com quem está competindo nem de onde é o seu concorrente, reduzindo a possibilidade de prévio ajuste de preços ou táticas de atuação conjunta. Importante salientar ainda a figura dos lances intermediários, que permitem a disputa dos licitantes pelo segundo lugar, evitando conluíus que resultem em sobrepreço mediante a prática reconhecida no âmbito licitatório como “licitante coelho” ou “mergulho”.

As vantagens do pregão eletrônico passaram a ser reconhecidas pelos Tribunais de Contas, tanto na ampliação da competitividade quanto no potencial de reduzir fraudes.

Ocorre que a licitação eletrônica não foi adotada com a rapidez e o entusiasmo esperados; pelo contrário, nota-se até hoje o apego pelo pregão presencial e a desconfiança de alguns gestores com a forma eletrônica do certame. Tal ocorre, em grande medida, pela resistência de determinados agentes públicos em adotar novas tecnologias, orientados pelo mantra do “sempre foi feito assim”, pensamento

que afasta a possibilidade de inovação, ganhos operacionais e de produtividade.

Outra justificativa apresentada por quem ainda não adotou o pregão eletrônico é a falta de confiabilidade e de constância do sinal de internet, mas esse argumento, que já foi aceito no passado, parece-nos que não é condizente com a realidade da expansão das redes que é experienciada hoje para a maior parte dos municípios – sejam aqueles próximos a centros metropolitanos ou mesmo os mais isolados pelo interior do Brasil, também já alcançados pelo avanço tecnológico.

Ainda que todo e qualquer sistema contemple o risco de queda, tal fato isoladamente não retira a vantajosidade do pregão eletrônico, nem justifica a sua não adoção, que passa a ser modalidade a ser escolhida preferencialmente no âmbito das contratações públicas, conforme disposto no art. 17, § 2º da Lei Federal nº 14.133/2021:

“As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo”.

Ademais, vale lembrar que as contratações celebradas com recursos provenientes de transferências voluntárias federais, na maior parte dos casos, devem adotar geralmente os procedimentos do pregão eletrônico já há um tempo considerável, ante a previsão contida no Decreto Federal nº 5.450/2005, a qual foi mantida pelo artigo 1º, §3º do Decreto Federal nº. 10.024, de 20 de setembro de 2019.

É digno de nota que o órgão Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que adota há anos posicionamento favorável ao pregão eletrônico, ao responder à Consulta do Município de Foz do Iguaçu, deliberou sobre o tema no Acórdão nº. 2605/18 – Pleno, de relatoria do Exmo. Conselheiro Artagão de Mattos Leão.

Na oportunidade, a Corte decidiu que a administração pública deveria priorizar a realização de licitações eletrônicas para ampliar a

competitividade, reduzir risco de fraudes e aumentar as chances de a administração realizar a contratação mais vantajosa. Nesse cenário, o pregão presencial passaria a ser medida excepcional, a qual – se adotada – deveria restar devidamente justificada e motivada nos autos, demonstrando os benefícios episódicos (técnicos e econômicos) para a Administração Pública naquele caso.

O duplo alerta aos advogados públicos é pertinente aqui, pois além do efeito normativo da decisão mencionada, nos termos do artigo 311 do Regimento Interno do TCE/PR, a decisão está em consonância com o novo marco regulatório das licitações e contratos (Lei Federal nº. 14.133, de 1º de abril de 2021).

Quanto ao prazo para adoção do pregão eletrônico como modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, nota-se que o legislador, ciente das distintas realidades dos municípios brasileiros, fixou prazo diferenciado para municípios de pequeno porte, assim considerados aqueles com menos de 20.000 habitantes. Nesses casos, as entidades terão 6 anos para implementarem o pregão eletrônico em seus territórios, contados da publicação da nova lei, conforme prevê o artigo 176 da Lei Federal nº. 14.133/2021.

Por certo que tal prazo faz sentido apenas para aqueles que ainda não incorporaram a tecnologia às rotinas administrativas. Do contrário, seria acolher a possibilidade de retrocesso na administração pública, inviável e indefensável face ao princípio da eficiência.

Os demais órgãos e entidades devem estar atentos que a adoção do pregão eletrônico é um comando legal a ser implantado, e que tal medida demanda esforços imediatos da Administração, iniciando pelo levantamento de mercado quanto às opções de **plataforma** disponíveis no mercado.

2.1 DESAFIOS DO PREGÃO ELETRÔNICO: A ESCOLHA DA PLATAFORMA

Partindo da premissa que o pregão eletrônico é a nova ordem, e dentro de poucos anos será a única modalidade possível para a contratação de bens e serviços comuns, nesse momento cumpre analisar com cautela a importância da seleção do ambiente virtual em que serão processadas e julgadas as licitações.

Esse aspecto decisório, que ocorre na etapa dos estudos técnicos preliminares, na forma do artigo 18, §1º da Lei Federal nº. 14.133/21, é de vital importância para que se efetive as vantagens da modelagem eletrônica, como forma de garantir a ampliação da competitividade, o tratamento isonômico entre os licitantes e a economicidade nas contratações.

Com efeito, há que se destacar a necessidade de que o estudo técnico preliminar avalie, dentre outros aspectos, a possibilidade de levantamento das seguintes informações:

- i. “Requisitos da contratação” (art. 18, §1º, inc. III);
- ii. “Estimativas das quantidades e (...) que considerem (...) interdependências com outras contratações (...)” (art. 18, §1º, inc. IV);
- iii. “Levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar” (art. 18, §1º, inc. V);
- iv. “Estimativa do valor da contratação(...)” (art. 18, §1º, inc. VI) e os custos cobrados dos licitantes;
- v. “Descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso” (art. 18, §1º, inc. VII);
- vi. “Demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis” (art. 18, §1º, inc. IX);

- vii. “Providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual”; e
- viii. “Contratações correlatas e/ou interdependentes” (art. 18, §1º, inc. XI).

Acresça-se aos dispositivos legais mencionados, a necessidade de que sejam aferidos não apenas os custos diretos da administração pública, como também os custos impostos aos participantes do certame (custos de transação), haja vista seu potencial impacto tanto na majoração indireta dos custos do contrato quanto na redução do universo de competidores dispostos a assumirem ônus financeiros *ex ante*.

Por outro lado, considera-se que a Lei 14.133/21, ao tratar do Estudo Técnico Preliminar, incorporou orientação já existente em contratações de tecnologia da informação no âmbito federal, precisamente da Instrução Normativa nº 1, de 4 de abril de 2019, do Ministério da Economia²⁰.

A pesquisa na internet e os contatos com agentes de contratação de múltiplas experiências, revela uma grande diversidade de plataformas, as quais merecem análise cautelosa dos gestores – notadamente dentre os aspectos acima considerados - antes de tomarem decisão por esta ou por aquela.

Nesse sentido, importante destacar recente decisão do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, proferida em sede de Consulta formulada pela Companhia de Habitação de Ponta Grossa, a qual concluiu pela impossibilidade de se promover a dispensa de pequeno valor para se contratar plataforma de pregão eletrônico:

20 Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/KujrwoTZC2Mb/content/id/70267659/doi-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535; consulta em 03/12/2021, às 19:55.

Consulta: Contratação direta de empresa fornecedora de plataforma digital para a realização de pregão eletrônico. Dispensa de licitação em razão do pequeno valor. Impossibilidade. Conhecimento e resposta. (TCE-PR, Acórdão 2043/2021-Pleno, julgado em 19/08/2021)

A despeito de representar apenas um passo inicial, dentre as diversas discussões que ainda remanescem na matéria, o entendimento sedimentado no referido precedente visa enfatizar a impossibilidade de que a administração pública se atenha apenas a critérios financeiros no momento da seleção da plataforma, ensejando a necessidade de que sejam aferidos aspectos técnicos/qualitativos nas plataformas existentes.

2.2 BREVE ANÁLISE DE ALGUMAS PLATAFORMAS

Ao disciplinar a forma de processamento do pregão eletrônico, a Lei 10.520/02 previu, em seu art. 2º, § 3º, a possibilidade de utilização de **bolsas de mercadorias**, as quais, de acordo com o parágrafo 3º do mesmo art. 2º *“deverão estar organizadas sob forma de sociedades civis sem fins lucrativos e contar com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões”*.

O artigo 5º da Lei 10.520/02 contém, em seu inciso III, a vedação de “pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não deverão ser superiores ao custo de sua reprodução gráfica e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso”.

Portanto, por expressa previsão legal, entidades que operem plataformas de pregão eletrônico devem ser constituídas no formato de *associação sem fins lucrativos*, sendo vedada cobrança de valores pela utilização do sistema, exceto aqueles relacionados a (1) fornecimento de cópia de editais; (2) custos de manutenção dos sistemas e recursos

de tecnologia disponibilizados. Ou seja, a exploração da plataforma não pode visar lucro.

Passamos agora a analisar os sistemas desenvolvidos pela iniciativa privada utilizadas com maior recorrência no âmbito do Estado do Paraná e respectivos Municípios. Considerando as informações disponíveis nos sítios eletrônicos, trataremos dos seguintes aspectos: (i) custos variáveis e fixos para a administração pública; (ii) custos variáveis e fixos para os licitantes/fornecedores (custos de transação que são repassados ao contrato); (iii) as plataformas como potenciais barreiras de acesso aos licitantes nas licitações realizadas; (iv) facilidade de acesso das informações ao controle social; (v) treinamentos e atendimento disponibilizados pelas plataformas; (vi) possibilidade de migração de dados e de vinculação com os sistemas de transparência internos, bem como com o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), dentre outras singularidades a serem avaliadas no caso concreto.

Para efeito deste artigo, a avaliação da integridade e segurança, bem como da migração de dados, trata-se de quesito a ser avaliado pela administração pública contratante, pois os dados precisos sobre o tema não estão disponíveis em todos os sítios eletrônicos.

A) COMPRASNET

A primeira delas é o COMPRASNET, sistema desenvolvido pelo Governo Federal, que vem sendo amplamente utilizado pelos estados e por municípios de todo país, inclusive pela própria União e pelo TCE/PR.

Inicialmente, quanto aos custos para sua utilização, destaca-se que o Comprasnet é uma plataforma de acesso e utilização gratuitas, tanto para a Administração Pública quanto para os licitantes e potenciais interessados.

Em termos de potenciais barreiras de entrada aos licitantes, entende-se que o Comprasnet não é restritivo, haja vista a facilidade

no manejo do sistema e a ausência de custos aos licitantes. Além da gratuidade, a simplicidade na utilização do sistema, que detém acesso rápido e atalhos intuitivos em sua utilização, aliada a um amplo rol de fornecedores já cadastrados, apresentam-se como pontos positivos adicionais da plataforma. O quesito é comprovado pela reiterada competitividade identificada nas licitações desenvolvidas dentro do sistema.

Todavia, o acesso específico aos instrumentos convocatórios e demais atos dos processos licitatórios está condicionado a um prévio cadastro geral no sistema, o que implica em relativa limitação ao amplo acesso pelo controle social.

A utilização da plataforma está condicionada à prévia assinatura do termo de adesão ao SIASG, mediante o preenchimento de formulários e encaminhamento de dados e informações ao Ministério da Economia. A plataforma disponibiliza treinamento *online*, que deve ser considerado como necessário antes de se utilizar a plataforma.

Por certo que, como qualquer outro programa de computador, a utilização do Comprasnet pode suscitar dúvidas ao usuário iniciante. E é justamente no ponto relativo ao rápido atendimento ao usuário que reside a maior crítica quanto à utilização do sistema, além da dificuldade na obtenção de certificações e selos de confiabilidade. Ciente dos problemas no atendimento, a equipe do portal de compras do Governo Federal desenvolveu e disponibilizou gratuitamente para consulta diversos materiais, entre cursos no YouTube, tutoriais, manuais (do fornecedor e da administração pública) e perguntas e respostas com objetivo de instruir e capacitar o usuário na utilização do sistema.

Em termos de migração de dados, a plataforma – além de já estar parametrizada para remeter informações ao Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) e para desenvolver internamente a sequência encadeada de atos na licitação integralmente *online* – encaminha informações diárias à Controladoria Geral da União, admitindo a atuação tempestiva do sistema de controle interno nas licitações desenvolvidas.

Ademais, percebe-se que determinadas contratações públicas, como aquelas celebradas com recursos provenientes do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), determinam a utilização das plataformas do COMPRASNET ou do LICITAÇÕES-E (Banco do Brasil).

Cabe destacar que a plataforma tem sua qualidade notoriamente reconhecida pelo mercado (composto aqui tanto pelos usuários por parte da Administração Pública quanto pelos licitantes/fornecedores). Em março deste ano a plataforma foi eleita vencedora nas categorias “Melhor Sistema de Pregão Eletrônico 2020” (com 58,6% dos votos), “Maior número de Pregões” e “Melhor interação com o fornecedor 2020” (com 55,95% dos votos) pelo “Prêmio 19 de Março”, o qual é promovido pela mídia especializada²¹.

Por fim, destaca-se que a plataforma possibilita a integração com sistemas de Planejamento e Gerenciamento de Contratações, de cadastramento de fornecedores e de pesquisa de preços, além do próprio PNCP, conforme mencionado.

B) LICITAÇÕES-E (BANCO DO BRASIL)

Dentre as plataformas privadas, merece destaque o sistema desenvolvido pelo Banco do Brasil. O sistema LICITAÇÕES-E surgiu há mais de 20 (vinte) anos, visando a utilização interna pela própria instituição financeira, de modo que se identifica uma estabilidade consolidada do sistema ao longo dos anos.

Inicialmente, no que tange à tabela de custos, o LICITAÇÕES-E não cobra uma taxa variável sobre os certames, definindo um custo fixo atribuído à Administração Pública que, de acordo com tabela vigente em setembro de 2021, é de R\$ 11,00 (onze reais) por lote e R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) por certame cadastrado no sistema. No entanto, é comum identificar a isenção completa de taxas a determinadas

21 Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17446&n=confira-os-ganhadores-do-pr%C3%AAmio-19-de-mar%C3%A7o!; consulta em 03/12/2021 às 19:57

entidades com relacionamento comercial com a instituição e/ou períodos, como ocorrido durante a pandemia de COVID19.

No que tange aos custos atribuídos ao particular (licitante), não se identifica a cobrança de custos variáveis conforme o montante da licitação ou do contrato adjudicado ao vencedor. Quanto aos custos fixos, atualmente estão estabelecidos no valor aproximado de R\$ 100,00 (cem reais) por mês, com opções de assinatura de pacotes por prazos mais amplos com redução do custo mensal ou a negociação de taxas mais vantajosas em virtude do relacionamento do cliente.

O acesso aos processos licitatórios realizados pelo sistema não requer cadastro nem justificativas, tratando-se de procedimento simples, principalmente quando utilizado o número específico do procedimento no sistema Licitações-E.

Em termos de potenciais barreiras de entrada aos licitantes, constata-se inicialmente uma aparente dificuldade no cadastro em virtude de se exigir a indicação do número da agência, o que aparentemente vincula a necessidade de abertura de uma conta na instituição financeira. No entanto, entende-se que, de um modo geral, o acesso ao LICITAÇÕES-E não é restritivo, haja vista a facilidade no manejo do sistema, os custos módicos aplicados aos licitantes e a possibilidade de prévio e integral acesso às informações de todas as licitações. Neste quesito, a capilaridade da própria instituição financeira no país, possibilita maior acesso inclusive em Municípios de menor porte. Vale destacar o seguinte trecho contido no site:

“Você está no Licitações do Banco do Brasil, um sistema desenvolvido para facilitar a participação da comunidade em licitações de caráter público, promovidas por entidades governamentais. Com esta iniciativa, o Banco do Brasil espera que um maior número de participantes e uma maior qualidade de serviço sejam integrados nos processos licitatórios, com segurança e confiabilidade em um ambiente eletrônico robusto e exclusivo do Banco do Brasil. O sistema Licitações utiliza interfaces diferenciadas

e customizadas de acordo com cada perfil de participante: Comprador, Fornecedor, Coordenador e público em geral. Para o público em geral estão disponíveis apenas as funções de acompanhamento das licitações públicas.”

O atendimento ao usuário é facultado pelo telefone (0800) e pelo aplicativo próprio.

Não há a indicação pública da quantidade de fornecedores cadastrados. Entretanto, compreende-se que se trata de informação relevante a ser considerada pela administração pública, a qual deve ainda ser cotejada com o segmento de mercado atinente ao processo licitatório que será instaurado.

Ospacotesdosistemanãopreveemtreinamentosindividualizados aos responsáveis nem a obtenção de certificação própria aos agentes públicos, como o COMPRASNET. No entanto, há cartilhas e orientações gerais disponibilizadas aos interessados. O atendimento pode ser feito pelo “Suporte Técnico” nos telefones indicados (ainda com significativo tempo de espera), além de assistente virtual ou por meio de *check lists* próprios.

O LICITAÇÕES-E permite a integração com sistemas próprios de pesquisa de preços.

Em termos de migração de dados, a plataforma – além de já estar parametrizada para remeter informações ao Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) – encaminha informações diárias à Controladoria Geral da União, admitindo a atuação tempestiva do sistema de controle interno nas licitações desenvolvidas. Todavia, constatou-se que para se operacionalizar a migração de dados, a entidade licitante deverá autorizar o envio periódico dos dados à plataforma.

O Portal Licitações-e também conta com reconhecimento perante o público especializado, tendo vencido as categorias “Melhor Sistema de Pregão Eletrônico 2019” (com 60,63% dos votos) e “Melhor

interação com o fornecedor 2019” (com 70,90% dos votos) do “Prêmio 19 de Março” no ano de 2020.

Outras singularidades do sistema se referem à permissão para os certames provenientes de recursos advindos do BID, os quais exigem maior grau de publicidade e segurança, a recente ampliação no número de fornecedores (que dobrou de 2019 para 2020) e a disponibilização de uma ferramenta denominada “Banco de Preços” que facilita a adequada realização da pesquisa de preços.

C) BOLSA BRASILEIRA DE MERCADORIAS - BBMNET LICITAÇÕES

O sistema desenvolvido pela Bolsa Brasileira de Mercadorias, segundo informações contidas no sítio eletrônico, surgiu há mais de 15 (quinze) anos, de modo que se identifica uma estabilidade consolidada do sistema ao longo dos anos.

De acordo com informação contida no site da entidade responsável pela plataforma BBMNET Licitações:

A Bolsa Brasileira de Mercadorias, mantenedora da Plataforma **BBMNET Licitações**, é uma organização civil de fins não econômicos, isto é, não tem por objetivo auferir lucros e distribuir resultados aos acionistas e administradores. Da mesma forma, não é um órgão público mantido com repasses de dinheiro público e, portanto, necessita cobrir os custos de desenvolvimento e manutenção de um eficiente sistema oferecido gratuitamente aos órgãos da administração pública que utilizam a ferramenta para realizar, com qualidade, segurança, eficiência e transparência, aquisições de bens e contratação de serviços.

Com relação a cobrança de valores pela utilização do sistema, a BBMNET informa que, desde outubro de 2008, cobra para cadastrar fornecedores “para ressarcimento dos custos gerados por eles. A cobrança se dá conforme o período de utilização da plataforma, ocorrendo no momento da geração de chave e senha de acesso ao portal ou no de sua renovação”.

O fornecedor seleciona o período que quer utilizar o sistema – de um mês até um ano – garantindo acesso e participação em todas as licitações realizadas no período, além de outras funcionalidades do sistema. Vejamos a tabela de custo informada pela entidade:

PERÍODOS E VALORES:

12 (doze) meses	R\$ 645,00
11 (onze) meses	R\$ 602,00
10 (dez) meses	R\$ 558,00
9 (nove) meses	R\$ 515,00
8 (oito) meses	R\$ 475,00
7 (sete) meses	R\$ 432,00
6 (seis) meses	R\$ 388,00
5 (cinco) meses	R\$ 347,00
4 (quatro) meses	R\$ 304,00
3 (três) meses	R\$ 262,00
2 (dois) meses	R\$ 219,00
1 (um) mês	R\$ 178,00

Em termos de potenciais barreiras de entrada aos licitantes, constata-se que o sistema faculta o acesso aos certames em tempo real de sua realização, mediante a indicação do e-mail, entidade interessada e cargo do solicitante.

O acesso ao instrumento convocatório e documentos relacionados ao certame, a seu turno, requer prévia identificação

do solicitante, com CPF/CNPJ e endereço de e-mail, sendo que em diversos certames constatou-se não estar anexado o Edital, mas apenas o Termo de Referência, o que configuram óbices ao controle social. A seguinte informação é reproduzida no sítio eletrônico da plataforma:

“Acesso e download dos editais: os interessados têm acesso aos editais das licitações para download. É preciso informar a razão social ou nome, o CNPJ ou CPF e e-mail no próprio site. As alterações ou retificações posteriores do edital são comunicadas por e-mail aos interessados que fizeram o download do edital.”

Ademais, o sistema não gera automaticamente um extrato de participantes e lances ofertados no certame, havendo a necessidade da análise individualizada por item de disputa.

Todavia, entende-se que, de um modo geral e feitas as considerações acima, a plataforma é de utilização intuitiva.

O atendimento ao usuário é facultado pelo telefone (011), pelo Whatsapp e pelo chat online, além de canal próprio do “Fale Conosco”.

De acordo com informação veiculada na plataforma do YouTube, o sistema conta com “mais de 51 mil licitantes em todo o país”²². Entretanto, compreende-se que se trata de informação relevante a ser considerada pela administração pública, a qual deve ainda ser cotejada com o segmento de mercado atinente ao processo licitatório que será instaurado.

O BBMNET Licitações ainda disponibiliza aos pregoeiros treinamentos online, via plataforma EAD, com carga horária de 5 horas, divididas em 3 módulos contemplados em um total de 19 videoaulas. A conclusão do curso resulta na emissão de um Certificado de Conclusão.

Em termos de migração de dados, não constam informações atinentes à remessa automatizada das informações ao Portal Nacional

²² Disponível em: https://youtu.be/QK_Qom1zjwg; Acesso em 03/12/2021 às 20:01

de Compras Públicas (PNCP) nem considerações relacionadas ao envio de dados aos órgãos de controle interno.

O BBMNET permite ainda a realização de dispensas diretamente pela utilização da plataforma.

D) PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS

De acordo com o Regulamento da entidade, disponível na página da internet²³:

“O PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS é um sistema informatizado desenvolvido e operado pela ECUSTOMIZE CONSULTORIA EM SOFTWARE S/A (ECUSTOMIZE) que possibilita a realização de licitações, por intermédio da Internet, de bens e serviços junto a fornecedores previamente cadastrados”.

Segundo informação do próprio site, a entidade não cobra custos de utilização da plataforma da Administração Pública.

Os fornecedores previamente cadastrados têm garantida a participação de licitações promovidas pelo Poder Público. Esse cadastramento prévio tem um custo, como explica a entidade:

“Toda esta infraestrutura tecnológica, time de especialistas, serviços 100% garantidos têm um custo que o Portal CP, através de ações de marketing e expansão da base de fornecedores, consegue baixar para que o fornecedor individualmente, possa pagar uma taxa de ressarcimento módica. Esta cobrança está prevista no art. 5º da Lei 10.520/2002, quanto ao pagamento de

23 Disponível em: <https://www.portaldecompraspublicas.com.br/>; Acesso em 03/12/2021 às 20:01

taxa e emolumentos referentes aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação”.

O Portal de Compras Públicas possui três tipos de assinaturas: mensal, semestral e anual. Os valores divulgados no site são os seguintes:

Escolha abaixo um dos nossos planos de participação ou se cadastre no Alerta de Licitações para se manter informado sobre os próximos processos!

ALERTA DE LICITAÇÕES	PLANO MENSAL	PLANO SEMESTRAL	PLANO ANUAL <small>MAIS ECONÔMICO</small>
<ul style="list-style-type: none">✓ Indicado para quem deseja receber alertas sobre novas licitações;✓ Acesso gratuito à participação de cotações eletrônicas;✓ Pedidos de impugnação de edital, dúvidas e esclarecimentos;✗ Participação em pregões, leilões, atas de registro de preços e outras modalidades eletrônicas.	<ul style="list-style-type: none">✓ Acesso completo à plataforma;✓ Alerta customizado sobre licitações de seu interesse;✓ Participação em todas as modalidades licitatórias do portal;✓ Débito automático no cartão.	<ul style="list-style-type: none">✓ Acesso completo à plataforma;✓ Alerta customizado sobre licitações de seu interesse;✓ Participação em todas as modalidades licitatórias do portal;✓ Débito automático no cartão;✓ Desconto de 29% sobre o preço mensal.✓ Pagamento único de R\$549,00;	<ul style="list-style-type: none">✓ Acesso completo à plataforma;✓ Alerta customizado sobre licitações de seu interesse;✓ Participação em todas as modalidades licitatórias do portal;✓ Débito automático no cartão;✓ Desconto de 39% sobre o preço mensal.✓ Pagamento único de R\$949,00;
Grátis	R\$129,00	R\$129,00 R\$91,50/mês *	R\$129,00 R\$79,08/mês **
ACESSO GRATUITO	CONTRATAR	CONTRATAR	CONTRATAR

* Quando cobrado semestralmente
** Quando cobrado anualmente

Portanto, inexistem cobranças de taxas variáveis dos licitantes vencedores, como comissão ou percentual sobre o contrato, mas apenas licitantes assinantes podem participar das licitações, a despeito de poderem acessar o edital mesmo sem o prévio cadastro.

As sessões públicas do pregão eletrônico, bem como os documentos do processo licitatório (Edital, Termo de Referência, Atas da sessão, etc...) são disponibilizados a qualquer interessado, sem necessidade de cadastro geral ou específico ao certame, o que viabiliza atuação do controle social.

Quanto ao atendimento ao usuário, a plataforma disponibiliza atendimento através de contato por *email* e atendimento telefônico, de segunda a sexta, das 8h às 18h.

De acordo com informação veiculada na plataforma do Youtube, o sistema transaciona aproximadamente 60 bilhões por ano e apresenta uma taxa média de desconto de 28% (vinte e oito por cento)²⁴. Entretanto, não há a informação pública a respeito da quantidade de fornecedores cadastrados na plataforma, tratando-se de informação relevante a ser considerada pela administração pública, a qual deve ainda ser cotejada com o segmento de mercado atinente ao processo licitatório que será instaurado.

Identifica-se no site a oferta de cursos de capacitação e manuais para compradores e fornecedores e aba de perguntas e respostas sobre dúvidas frequentes na utilização do sistema. O sítio eletrônico contém ainda diversos modelos de documentos orientativos do processo licitatório, como pareceres jurídicos e materiais próprios aos licitantes.

Em termos de migração de dados, o sistema admite a integração com o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), sendo dotado dos modelos orientativos à administração pública para que admita a migração dos dados. Não há informações acerca do envio de dados aos órgãos de controle.

O Portal de Compras públicas ainda admite a utilização do sistema para a realização de Dispensas Eletrônicas, não tendo havido a localização no site acerca de eventuais ferramentas para pesquisa de preços.

E) BOLSA DE LICITAÇÕES E LEILÕES DO BRASIL - BLL

A terceira plataforma a ser analisada é a **Bolsa de Licitações e Leilões do Brasil**, conhecida como BLL COMPRAS. De acordo com informação obtida no site da entidade:

²⁴ Disponível em: <https://youtu.be/0vfjndPgGtw>; Consulta em 03/12/2021 às 20:03

“A BLL COMPRAS atua no mercado desde 2008 e está presente em mais de 2.000 órgãos em todo o território nacional, sendo a plataforma mais recomendada pelos profissionais da área e usuários.

Disponibiliza as modalidades de Pregão Eletrônico, Compra Direta e RDC (Regime Diferenciado de Contratação).

O maior propósito da BLL COMPRAS é a satisfação de seus usuários, por isto contamos com uma equipe altamente especializada e atendimento personalizado do início ao fim do seu edital.

Investimos em inovações e tecnologia de ponta, e nosso sistema está em constante atualização, buscando tornar a experiência dos órgãos públicos e fornecedores mais agradável e personalizada.

O portal está 100% integrado a Plataforma +Brasil e a grande parte dos sistemas de gestão do país e atende todas as exigências da lei federal 10.520/02.”

Segundo informação do próprio site, a entidade não cobra custos de utilização da plataforma pela Administração Pública.

Com relação à cobrança pelos custos de utilização do sistema aos particulares, diferentemente das demais plataformas privadas, a BLL não cobra dos interessados pelo acesso ao sistema, que podem participar dos pregões sem custo. O sistema de cobrança realizado pela BLL é composto por um *percentual* de 1,5% (um vírgula cinco por cento) sobre o valor do lote adjudicado, limitado ao teto de R\$ 600,00 por lote, conforme explicitado no artigo 17 do Regulamento. A normativa define prazo diferenciado para o pagamento desta importância a depender da finalidade do certame como registro de preços ou não, havendo a cobrança em ambos os casos.

Todavia, caso a contratação não se concretize ou se concretize a valor inferior, existe um processo de reembolso, com regras e prazos fixados pela plataforma.

As sessões públicas do pregão eletrônico, bem como os documentos do processo licitatório (Edital, Termo de Referência,

ata da sessão de julgamento e etc...) são disponibilizados a qualquer interessado no campo “Sistema” mediante o link “Acesso Público”, sem necessidade de cadastro geral ou específico ao certame, o que viabiliza atuação do controle social de forma simples e intuitiva.

Quanto ao atendimento ao usuário, a plataforma disponibiliza atendimento através de contato por *email* e atendimento telefônico, além de link de atendimento direto disponibilizado no site.

De acordo com informação veiculada no próprio sítio eletrônico, a plataforma reúne mais de 60 mil fornecedores cadastrados, que atuam em certames de mais de 2000 órgãos situados em 26 (vinte e seis) Estados da Federação. Pondera-se que este aspecto consiste em informação relevante a ser considerada pela administração pública, a qual deve ainda ser cotejada com o segmento de mercado atinente ao processo licitatório que será instaurado.

Identifica-se no site a oferta online de cursos de capacitação e manuais para compradores e fornecedores e aba de perguntas e respostas sobre dúvidas frequentes na utilização do sistema.

Em termos de migração de dados, não há no site a menção acerca de eventual integração com o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) nem acerca do envio de dados aos órgãos de controle.

O sistema mantido pela BLL permite ainda a realização de dispensas diretamente pela utilização da plataforma, bem como de pesquisas de preços integradas ao processo de contratação.

Outro ponto que merece análise cautelosa é a eleição de cláusula arbitral para solução das controvérsias advindas dos pregões eletrônicos, a qual afasta a possibilidade de discussão fática do âmbito do Poder Judiciário. A redação da cláusula arbitral prevista no Estatuto assim dispõe:

Capítulo IX JUÍZO ARBITRAL

Art. 38. Fica instituído o Juízo de Arbitragem, de acordo com a Lei 9.307/96 e com o Regulamento de Arbitragem – Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC) – para o exercício e o cumprimento dos direitos e obrigações resultantes deste Estatuto.

Parágrafo Único. O juízo arbitral será instaurado por solicitação de associado ou terceiro, o qual, deverá cumprir o regulamento da ARBITAC.

Art. 39. O juízo arbitral baseará suas decisões nos regulamentos da “BLL”, ou, na sua falta, na legislação comercial que for aplicável à espécie, nos usos e costumes mercantis, bem como na equidade.

Parágrafo único. A decisão do juízo arbitral produzirá entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judicial e valerá como título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, VIII, do Código de Processo Civil.

Art. 40. À execução da sentença arbitral, elegem as partes o foro Central da Região Metropolitana de Curitiba -Pr, com renúncia expressa a qualquer outro por mais privilegiado que se apresente.

3. CONCLUSÃO

O objetivo desta breve análise consistiu em traçar um panorama da evolução do pregão como modalidade que mais atende às necessidades da Administração Pública em contratações de bens e serviços comuns.

O fato de a nova lei de licitações trazer como regra a utilização preferencial do pregão eletrônico para todos os órgãos e entidades da administração pública das três esferas, deve incrementar ainda mais o segmento das plataformas que intermedeiam a realização de pregões eletrônicos.

O interesse do Tribunal de Contas do Paraná no tema reporta-se à missão institucional da Corte em preservar a correta aplicação dos recursos públicos, além da efetivação dos princípios constitucionais da boa administração pública, com ênfase na isonomia e na eficiência.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, após consultado, editou o Acórdão n.º. 2043/2021 – Pleno, que orientou pela impossibilidade de se realizar dispensa de pequeno valor para a contratação da plataforma de pregão eletrônico, haja vista que a decisão do gestor deveria ainda considerar aspectos qualitativos

atinentes às plataformas. Na mesma esteira, demonstrou-se que cabe à administração pública cotejar a plataforma selecionada de acordo com critérios delimitados na etapa dos estudos técnicos preliminares, na forma do artigo 18, §1º da Lei 14.133/21.

Em adição, o artigo desenvolveu-se sobre a definição e ulterior análise de diversos aspectos, de cunho financeiros e qualitativo, que podem ser avaliados no momento da seleção da plataforma, sobrelevando a necessidade de que os órgãos e entidades promovam o adequado e prévio estudo de mercado acerca das plataformas existentes no mercado, notadamente em face dos seguintes aspectos: (i) existência de custos variáveis e fixos para a administração pública; (ii) custos variáveis e fixos para os licitantes/fornecedores (custos de transação que são repassados ao contrato); (iii) as plataformas como potenciais barreiras de acesso aos licitantes nas licitações realizadas; (iv) possibilidade de acesso simplificado pelo controle social; (v) existência de treinamentos e atendimento disponibilizados pelas plataformas; (vi) integridade e segurança do sistema e de seus respectivos códigos; (vii) possibilidade de migração de dados e de vinculação com os sistemas de transparência internos, bem como com o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP); (viii) possibilidade de integração da plataforma à outros procedimentos, como pesquisa de preços ou a Dispensa eletrônica, além de outras singularidades a serem avaliadas no caso concreto.

Estabelecidos os fundamentos normativos e a sugestão de critérios para o aprofundamento desta análise, convoca-se a administração pública a tecer juízos críticos antes de optar pela plataforma que a procurou por primeiro ou que prometeu facilidades isentas de custos para a entidade. Não se promete que o trabalho será simples, mas se tem a convicção de que será recompensador, permitindo que a gradativa aceitação de tecnologias disruptivas transforme a realidade não apenas do Departamento de Compras, como também da população local mediante a realização de contratos públicos mais eficientes e assertivos.

A ADPF 932 E A (I) MUTABILIDADE CONSTITUCIONAL: RISCOS AOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS E DE SEPARAÇÃO DE PODERES?

Diego de Araújo Lima²⁵

Rodrigo Marzano Antunes Miranda²⁶

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Tribunal de Contas no Brasil ocorreu em 1890, no período da República Velha, através de um Decreto normatizado pelo então Ministro à época, Rui Barbosa. Um ano após o ato criatório, surgiu, efetivamente, a inclusão do Tribunal de Contas da União na Constituição da República de 1891.

Em seu artigo 89, havia a previsão de que o órgão supramencionado teria a competência de analisar e verificar a regularidade das contas do executivo nacional antes que ela fosse remetida ao Congresso Nacional, um nítido controle prévio das contas.

25 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito do Trabalho no Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, unidade Praça da Liberdade. Coursou a matéria Temas de Direito Individual do Trabalho vinculado ao Programa de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrado em Direito Político na Universidade Federal de Minas Gerais. cursando MBA em Parcerias Público-Privada e Concessões na Fundação escola de Sociologia e Política de São Paulo. Assessora diversas prefeituras e câmaras municipais do Estado de Minas Gerais, prestando serviços de advocacia e consultoria jurídica. Assessoria e Consultoria na elaboração, capacitação, acompanhamento das PMI,s e processos licitatórios de Diversas Parcerias Público Privadas no Brasil. Atuou como Procurador-Geral do município de Santa Luzia/MG. Palestrante do Instituto Plenum Brasil com temáticas voltadas para a área do direito público e PPP,s. Atuação advocatícia no Direito Eleitoral, Direito Público Municipal e Parcerias Público-Privadas.

26 Doutorando do Programa de pós-graduação em Cidadania, Direitos Humanos, Ética e Política da Faculdade de Filosofia, da *Universitat de Barcelona* (UB), orientado pelo Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona. Mestre em Direito pela UFMG. Especializado em Formação Política (*lato sensu*) PUC/RJ. Graduado em Filosofia (bacharel licenciado) pela PUC/MG. Membro de dois grupos de pesquisa: o Grupo de Pesquisa dos Seminários Hegelianos (UFMG) e o Grupo internacional de Pesquisa em Cultura, História e Estado (UFMG-UB). Sócio efetivo colaborador da Sociedade Hegel Brasileira. Assessor do Centro Nacional de Fé e Política Dom Helder Câmara.

Dessa forma, surgia a primeira base legal e prática do sistema de controle de contas públicas no Brasil onde, ao longo das próximas Constituições, foram surgindo normativas de fortalecimento e enfraquecimento do poder do Tribunal de Contas até chegarmos ao momento atual, onde a Constituição de 1988 conferiu regulamentos de grande fortalecimento da Instituição de Contas no Brasil, como podemos analisar pela própria forma de composição da Corte:

O art.73, do Texto Constitucional, ao estabelecer que dois terços dos membros do TCU seriam indicados pelo Congresso Nacional, enquanto o Presidente da República indica apenas um terço, sendo que dois, alternadamente, entre membros do Ministério Público junto ao Tribunal e auditores, e apenas um membro em princípio estranho ao TCU, fortaleceu a Corte, em tese, assegurando-lhe maior autonomia em relação ao Executivo. CAVALCANTI (2006, p.9).

Diante do que está previsto no texto constitucional, os Tribunais de Contas do Brasil ganharam respaldo jurídico para que possam exercer o controle externo de suas contas com maior independência e harmonia, sem haver interferência exteriora.

A autora Angela Cassia Costaldello, elucidou muito bem o que a Constituição de 1988 atribuiu ao Tribunal de Contas:

A Constituição de 1988, por seu turno, explicitou, especificou e adicionou as competências do Tribunal de Contas, dando-lhe as feições de um tribunal administrativo com a especialidade de examinar as finanças públicas e, por via reflexa, estabelecendo os vetores do controle externo, a serem seguidos na apreciação das contas. COSTADELLO (2017)

Dentre as atribuições conferidas pela Constituição Federal de 1988 ao Tribunal de Contas da União, de forma auxiliar ao Congresso Nacional, está aquela conferida no seu artigo 71, II:

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. (BRASIL, 1988, Art. 71, II)

A apreciação das contas Anuais do Chefe do Poder Executivo²⁷ é uma das principais competências destinadas aos Tribunais de Contas, emitindo um parecer prévio pela sua aprovação ou pela sua rejeição.

Esse poder conferido aos Tribunais faz com que ele atue de maneira opinativa frente aos documentos comprobatórios de contas e auxiliando os membros do Poder Legislativo para que estes exerçam sua função constitucional de julgamento das contas.

Além de auxiliarem nas análises das contas anuais dos chefes dos executivos municipais, estaduais e federal, os Tribunais de Contas devem julgar os atos de gestão dos ordenadores de despesas, aplicando sanções quando cabível e requerendo o ressarcimento ao erário nos casos em que ensejar tal indignação.

Dessa forma, diante da breve narrativa enfrentada alhures, há Tribunais de Justiça de Estados decidindo de forma contrária a esta importante competência conferida aos Tribunais de Contas de aplicar

²⁷ Art. 71, inciso I, da CF/88 “...- apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento”...;

sanções e julgar atos de administradores que são ordenadores de despesas, contrariando regramentos constitucionais, decisões do próprio Supremo Tribunal Federal e de princípios norteadores do Direito Constitucional.

Diante da narrativa, analisaremos os fenômenos da possível mutação constitucional enfrentada por decisões dos Tribunais pátrios, bem como sua legitimidade frente as questões enfrentadas pelo STF e os riscos de sua atuação “decisionista” para os princípios republicanos e da separação de poderes.

2 OS FENÔMENOS DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Analisando as decisões dos Tribunais de Justiça de Estados onde aplicam interpretação diversa ao texto constitucional, não podemos deixar de destacar neste artigo o fenômeno da mutação constitucional, a Constituição Federal sendo um organismo vivo e a mutação constitucional pode ser entendida como uma interpretação da norma, modificando-se o seu entendimento sem a observância do mecanismo legal previsto.

Essas mudanças podem trazer benefícios e malefícios; e devemos analisar as interferências desses acontecimentos no aparelho constitucional e na democracia. Ao promover a atualização da Constituição sob a luz do tempo presente, confere as competências e as habilidades no campo da imparcialidade, pois os riscos ao constitucionalismo e à democracia podem ser fatores preocupantes nessas mutações que denominamos (in)constitucionais.

Acerca dos objetivos traçados no presente artigo, buscaremos identificar o fenômeno dessa mutação constitucional na esfera jurídica brasileira e no próprio STF trazendo os riscos de um possível julgamento (in)constitucional na ADPF 982. O Brasil, segundo os

estudos aprofundados de Barata,²⁸ apresentou inúmeras mutações²⁹ ocorridas após a Constituição Federal de 1988. Porém, é necessário compreender os impactos dessas mutações no meio jurídico brasileiro, mesmo que isso seja apenas uma nova interpretação da Lei Maior.

Ao observar o próprio STF, sendo o principal guardião da Constituição Federal de 1988, como fundamental para estabelecer uma nova leitura do texto jurídico, frente ao contexto social, econômico e político da atualidade, vê-se que essa mutação (in)constitucional apresenta os fenômenos que necessitam ser aplicados de forma clara e objetiva. Porém, essas aplicações de uma nova interpretação das leis constitucionais devem vir acompanhadas sob a luz do pensamento hermenêutico.³⁰

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é eficaz na interpretação do direito como fio condutor da tradição filosófica, como afirma Streck:³¹

28 BARATA, Rodrigo Sarmiento. *A Mutação Constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo/SP, 2009.

29 Tratam-se do “Habeas Corpus (HC) nº 82.959/SP, referente ao princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), do Mandado de Segurança (MS) nº 26.602/DF, sobre a regra da fidelidade partidária (art. 55, incisos I a VI) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, que diz respeito à união homoafetiva”. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/tres-grandes-casos-de-mutacao-constitucional-reconhecidos-no-stf/>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

30 “De origem grega, a Hermenêutica (*hermeneuein*) é tida como filosofia da interpretação, sendo associada ao deus grego Hermes, que traduzia tudo o que a mente humana não compreendesse, sendo chamado de “deus-intérprete”. Possui alguns significados diferentes de acordo com o tempo, passando de “compreender o significado do mundo” e chegando “à teoria científica da arte de interpretar”. No campo jurídico, ela é usada para a interpretação fidedigna da ideia do autor para que seja adequada a norma ao fato ocorrido e assim proporcione uma responsável aplicação do Direito. Tendo em vista que a Hermenêutica Jurídica, *lato sensu*, divide-se em interpretação, integração e aplicação do Direito. Dessa forma, é imensurável a importância da Hermenêutica para todos os campos de atuação, ressaltando o campo jurídico, para que possamos entender melhor o Direito e sua aplicação”. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5707/Hermeneutica-origem-significado-e-atuacao>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

31 STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2ª. Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 11.

Com a CHD, busco apresentar um ferramental para a interpretação do direito. Para tal, uso como fio condutor o método fenomenológico, visto, a partir de Heidegger, como interpretação ou hermenêutica universal, é dizer, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e facticidade, em que a linguagem- o sentido, a denotação- não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura não se desligar da essência concreta, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada.

Com as bases assentadas na aplicação do direito em sua plena essência filosófica, essa “vantagem metodológica-teórica empreendida pela Crítica Hermenêutica do Direito está em não se contentar com a busca de uma descrição da realidade, nem com a entrega da aplicação do direito ao sujeito solipsista”,³² até porque a noção de solipsismo é colocada na contramão, conforme as orientações de Streck.³³

O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No Direito, em face do lugar da lada e da sua autoridade, o juiz pensa que pode- e, ao fim e ao cabo, assim o faz-assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por

32 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

33 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017b, p. 277.

vezes, nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso o lema hermenêutico é: deixemos que os textos nos digam algo. Deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz.

Todavia, a essência do solipsismo, em sua prática, é a manifestação do ativismo judicial, mas a preocupação com essa atividade no meio das questões jurídicas deve ser assumida como um perigo potencial para a ordem democrática do Estado Democrático de Direito, pois, segundo Streck; Tassinari; Lepper,³⁴

(...) o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juizes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade.

Além disso, esses fenômenos podem ocorrer pela via não convencional, como do ativismo judicial, que é resultado da falta de juridicidade nas interpretações das leis perante a Constituição Federal, mas segundo Ferreira,³⁵

O ativismo judicial que se notabiliza pelo exercício solipsista do julgador encontra no pamprincipiologismo um verdadeiro arsenal, pois basta decidir conforme a sua consciência e se esta

34 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 5, Número Especial, 2015, p. 51-61, p. 56.

35 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

decisão não coincidir com as normas jurídicas, basta criar um princípio que teria o condão de superar o Direito.

Esse cuidado com o princípio do ativismo judicial perante a consciência do julgador pode ser considerado o calcanhar de Aquiles numa mutação constitucional, pois esses acontecimentos necessitam primeiramente assegurar a segurança jurídica e não ocasionar o contrário (insegurança jurídica). A “interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”.³⁶

Os riscos de haver uma influência do ativismo judicial nas relações jurídicas e na própria interpretação da lei tornam essa ação inconstitucional e devem ser vistos pela comunidade jurídica com preocupações, segundo Streck; Tassinari; Lepper,³⁷ e

(...) sobre a qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga.

Nesse sentido, o campo jurídico tem que ter cautela para essas novas interpretações das leis, frutos da mutação (in)constitucional,

36 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª. edição revisada e atualizada, São Paulo/SP: Saraiva, 2012, 201.

37 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 5, Número Especial, 2015, p. 51-61, p. 56.

pois, conforme a decisão jurídica, poderá apresentar equívocos perante as bases da Constituição.

3 ADEQUAÇÃO E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES NO CONTEXTO JURÍDICO ATUAL E AS RELAÇÕES ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS E O STF

Para que esses fenômenos da mutação (in)constitucional sejam legitimados pelo aparelho jurídico, a tarefa principal é conferida ao próprio STF, no Brasil. Entretanto, para adequar essa releitura das leis em relação ao âmbito do constitucionalismo e da democracia, é necessário analisar as mutações constitucionais à luz da realidade social.

A mutação constitucional necessita de uma adequação das normas jurídicas e a sua legitimação no tempo presente em que foi discutida. Essas ações reforçam a legitimidade da Constituição Federal na realidade social em que o país está inserido. Portanto, o papel da adequação e da legitimidade para a manutenção da ordem institucional é importantíssima nesse processo. Porém, essa ação de legitimar ou adequar uma questão jurídica no pleito atual deve ter cuidados para não ferir o constitucionalismo e a democracia.

Há de se considerar os efeitos dessas mutações (in)constitucionais na interpretação das leis que regem a Constituição Federal e dos perigos que essas ações podem ter para a democracia. Mas o que entendemos do conceito de democracia no âmbito jurídico? Essas concepções podem ser compreendidas nas análises apresentadas a seguir:

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Seu conceito é tão histórico

como o de democracia, e se enriquece de conteúdo com o evolver dos tempos. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. O reconhecimento de sua insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático.³⁸

A democracia, que está assentada no Estado Democrático de Direito, é amplamente amparada pelas instituições constitucionais. Mas as mutações (in)constitucionais patrocinadas pela Suprema Corte podem simbolizar um desgaste paradigmático no sistema democrático em vigência, pois a “democracia é vista como um objeto que fica à mercê da construção (ou desconstrução) dos sentidos”.³⁹ Por outro lado, existe uma relação de equilíbrio entre as forças do Constitucionalismo e da Democracia, atuação jurisdicional ilegítima, muitas vezes acalcada em um princípio claramente antidemocrático e não adequada à Constituição Federal, que rege a democracia.

Com isso, o STF, fica em um Poder Constituinte Permanente, o que é uma afronta ao procedimento legislativo e à separação de poderes/funções. Num país em que se almeja a democracia inserida nas relações sociais, as leis devem protegê-las e garanti-las institucionalmente. Porém, analisando a história política brasileira, observamos a predominância de períodos em que a democracia esteve violada dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Segundo Streck, Lima, Oliveira,⁴⁰ isso é uma “discussão paradigmática (afinal, o Estado Democrático de Direito é um paradigma constitucional e o que dele menos se pode dizer é que dá guarida a

38 SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, número 173, 1988, p. 15-34, p. 15.

39 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

40 STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle

ativismos e decisionismos judiciais)”. Mas a modificação, quando ocorrida no texto constitucional, pode ser considerada mutação (in) constitucional em processo? Há outro detalhe importante: à falta de “necessidade de declarar a norma inconstitucional (controle concentrado ou difuso), o princípio poderia prevalecer em relação às normas legisladas”.⁴¹

Todavia, essa violação dos princípios regentes da imparcialidade jurídica é grave quando ocorre em Tribunais de Justiça Estaduais que não possuem sequer competência para atribuir tal interpretação ao texto constitucional. Nesses últimos anos, temos visto decisões que retiram a possibilidade constitucional dos Tribunais de Contas de condenar prefeitos que agem na qualidade de ordenadores de despesas, pela prática de atos de gestão, contrariando o artigo 71, incisos II e VIII parágrafo 3.^a e artigo 75, ambos da Constituição Federal.

Streck, em uma mesa de discussão num Colóquio Internacional de Direito e Literatura, vai retratar a seguinte ação referente à atuação de um juiz que interpreta as leis de forma arbitrária:

As autoridades dizem que o juiz tem sempre sido um vigarista. Agora, deixem que um vigarista seja o juiz! E o escolhido é Azdak. Azdak é o típico juiz que decide conforme sua consciência: por vezes, decide a favor dos pobres; outras [FFG21], a favor dos poderosos; mas nunca a favor do Direito. Tanto é que, em certo dia, o então promovido, Juiz Azdak pediu a seus assistentes que lhe trouxessem um certo livro (Constituição) bastante volumoso que ficava no tribunal, para ele usar de almofada. Contradições, vontade de poder, decisões conforme a consciência e um tratamento à Constituição e ao ordenamento

difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 2008, p. 45-68, p. 52.

41 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

jurídico como se estes tivessem o valor de uma velha almofada.⁴²

O caso do Juiz Azdak pode ser interpretado como uma das ações do ativismo judicial; além disso, reforça a mutação constitucional em seu processo de legitimidade, até porque esses dispositivos jurídicos estão relacionados com as bases do constitucionalismo no pleito da jurisdição, tendo em vista as necessidades de atualização da interpretação judicial. Até porque existe uma “disputa entre razão e vontade inclina-se para a última, apontando para o protagonismo do julgador em detrimento das normas do Direito democrático”.⁴³

Essa disputa pode ser perigosa para as normas jurídicas, segundo Ferraz,⁴⁴

(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

Mas as legitimações dessas mutações pelos Tribunais de Justiça dos Estados devem ser encaradas com propriedade pelo meio jurídico,

42 STRECK, Lenio Luiz. *Colóquio Internacional de Direito e Literatura*, p. 6, 2017. Porto Alegre, RS. Mesa de Discussão II. Fatos, relatos e interpretações. Porto Alegre, 2017a.

43 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

44 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo/SP: Max Limonad, 1986, p. 09.

cabendo às instituições democráticas, neste caso específico o STF trabalhar para a manutenção do pacto em relação à democracia, da imparcialidade jurídica diante das interpretações das leis, sobretudo, perante as mutações constitucionais, possibilitando a criação de dispositivos que defendam os interesses públicos de uma forma racional, pautada nos princípios da Constituição, é o que espera a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), diante da ADPF 982 ajuizada sob relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso.

4 OS RISCOS DA ATUAÇÃO “DECISIONISTA” DO STF NA ADPF 982 E AS RELAÇÕES COM O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA

No que tange à atuação do STF nos últimos anos; ante a existência de adequação e legitimidade do fenômeno da mutação constitucional, no contexto do Constitucionalismo e Democracia; esta pode provocar riscos em relação às instituições democráticas, pois pode ser que o “direito perca a sua autonomia e sofra o ataque de predadores externos, como a economia, a política e a moral”;⁴⁵ e desta ação não “é difícil constatar que este estilo de decisão fragiliza o Direito a ponto de acabar com o próprio Direito”.⁴⁶

Até porque sua atuação, segundo Streck, Lima, Oliveira,⁴⁷

Resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem

45 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial*: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

46 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial*: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

47 STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 2008, p. 45-68, p. 47.

perante a corte controladora da constitucionalidade. E a democracia que institui as Constituições recheadas de direitos, com ênfase na proteção da democracia e nos direitos individuais (Estados Democráticos de Direito), impede a supremacia da moral em relação ao Direito.

A democracia e as constituições são medidas essenciais no combate à concepção moralista do Direito, dos juristas e dos aplicadores do direito, mas essas posturas “decisionistas” do STF são apenas sinais de “sinônimo de possibilidade de decisionismo ou discricionariedade, pois estas práticas não são admitidas pela CHD”.⁴⁸

Segundo Streck.⁴⁹

No plano das práticas jurídicas, no Brasil, o constitucionalista e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, pode ser considerado o protagonista de uma incorporação que fragiliza sobretudo a autonomia do Direito, tornando as próprias leis, até mesmo a Constituição, reféns de discursos corretivos à base de elementos morais, políticos e econômicos, com ênfase na primeira forma.

Conforme mencionado, a atuação de Luís Roberto Barroso como ministro do STF vem causando, segundo Streck, um protagonismo na fragilização do direito, com tomada de partido, através de ativismo misturado com militância política. Essa atuação do STF assinala uma postura “decisionista” de sua forma de interpretar e legitimar as leis (re)

48 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

49 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017b, p. 60.

lidas da Constituição Federal, medida essa que pode ser considerada mutação constitucional ou gerar ações totalmente inconstitucionais.

Até porque “o Direito como instrumento permitiu a existência de regimes antidemocráticos”⁵⁰ ao longo da história do Brasil. E isso assinala o “decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política. Isso porque ele também não necessita negar a existência de uma imbricação entre Direito e Política para evitar a postura decisionista (ativista) do Judiciário”, segundo Streck; Tassinari; Lepper,⁵¹ sendo trágico para o próprio direito, pois é uma afronta às normas jurídicas estabelecidas.

Apesar de que a “mudança de interpretação advém de injustificados fatores, tais como a mudança da composição do tribunal, o reconhecimento de uma interpretação equivocada, etc”.⁵² Todavia, essas transformações em curso no aparelho jurídico brasileiro e os riscos desse processo “decisionista” do STF são altos e podem ser um abalo significativo para a manutenção do Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira, mas por quê?

Primeiramente, cabe ressaltar os questionamentos sobre a imparcialidade política do STF, pois as críticas podem significar um desgaste perante a sociedade e a opinião pública sobre o papel do Supremo na condução da lei brasileira, em relação às decisões do STF, por mais que essas ações estejam baseadas nos processos interpretativos da Lei Maior.

(...) se conclui que as mutações constitucionais nada mais são do que o resultado de processos

50 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

51 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 5, Número Especial, 2015, p. 51-61, p. 55.

52 BARATA, Rodrigo Sarmiento. *A Mutação Constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo/SP, 2009, p. 36.

interpretativos nos quais se verifica a alteração do sentido da norma constitucional em razão de mudanças ocorridas sobre os fatos relacionados ao seu âmbito de concretização, sugere-se a adoção de uma postura hermenêutica capaz de permitir que a atualização da Constituição ocorra sem o abandono da legitimidade democrática que fundamenta o Estado Democrático de Direito.⁵³

As mudanças na interpretação das normas constitucionais devem ser cuidadosamente legitimadas pelo aparelho jurídico e pela sociedade, porquanto essa ação pode apresentar um risco no andamento do Estado Democrático de Direito. Entretanto, essa mutação no “texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional atenta contra a Constituição, logo é inconstitucional”.⁵⁴ Assim, a (in) constitucionalidade das interpretações das leis pode acarretar riscos demasiadamente altíssimos perante as instituições democráticas do país.

Toda ação do STF pode ser considerada legítima e apropriada, referente às bases jurídicas do constitucionalismo brasileiro, mas esse processo precisa ter uma consciência do não ativismo judicial de seus membros. O que entendemos? A mutação constitucional adequada é necessária para legitimar a Constituição Federal na ótica da realidade social, mas também existe o movimento da inconstitucionalidade dessa mutação, que é quando os juristas interpretam as leis ou buscam mudar para satisfazer a base política do ativismo judicial.

Os “fatos não há, só há interpretações. Com isso, tudo se transforma em narrativa. Em vez de verdades, pós verdades”⁵⁵ e

53 SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. *Revista Eletrônica de Direito Público e-Pública*, volume II, número 1, 2015, p. 123-140, p. 125.

54 CARVALHO, Renan Flumian de. *Qual é o conceito de Mutações Constitucionais para os Ministros do STF?* Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo/SP, 2009, p. 09.

55 STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG):

essa ação é prejudicial para a legalização da mutação constitucional. De qualquer forma, as mutações constitucionais deferidas pelo sentimento ativista por parte dos representantes do direito ou do STF são consideradas algumas das “consequências nefastas para o objetivo do constitucionalismo, para a teoria do direito e, por fim, para a democracia”.⁵⁶

Por isso, seguindo as lições de Streck, é possível determinar uma forma de como se decidir e a não aplicação de uma norma está condicionada a apenas seis hipóteses: a) quando a norma for inconstitucional; b) pela aplicação das tradicionais fórmulas de Bobbio para a solução das antinomias jurídicas; c) A hipótese da *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição); d) *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung* (aplicar a nulidade parcial sem redução de texto); e) inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em virtude de um princípio compreendidos estes como enunciados performativos.⁵⁷

As lições de Streck, como mencionado por Ferreira,⁵⁸ em relação à aplicação de uma norma constitucional, trazem o “o sentido arbitrário das decisões que enfraquece a força normativa da Constituição e pulveriza a formação democrática das normas”.⁵⁹

Letramento: Casa do Direito, 2017b.

56 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

57 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

58 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

59 FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte/

Portanto, o “decisionismo” praticado pelo STF precisa ser medido e compreendido para que não ocorra a violação de direitos assegurados pela democracia.

Um dos casos de mutação constitucional que podemos destrinchar nesse texto é o caso da “Fidelidade Partidária (artigo 55, incisos I a VI, da Constituição)”. As mudanças na interpretação do artigo 55, da Constituição Federal de 1988, trouxeram enormes debates no STF. Até porque essa norma trouxe a possibilidade de perda do mandato dos parlamentares envolvidos nessa questão partidária. Esse embate começou em 1989, e, por se tratar da inexistência de uma regra que expressasse a perda do mandato por infidelidade partidária, o STF, naquela época, não deu sequência à essa mutação.

Quase 20 anos depois, em 2007, a Consulta nº 1.398 foi realizada pelo TSE, pelo Partido da Frente Liberal, nos seguintes termos: “Os partidos e as Coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.⁶⁰ Se a vaga não é do político, deve ser do Partido no qual esteve filiado e, com essa alegação, os partidos políticos pediram a cassação dos mandatos de ex-integrantes.

Essas medidas trouxeram impactos aos poderes e destacamos a MS nº 26.602 (STF), que trouxe segurança do mandato do parlamentar, assegurando a sua constitucionalidade:

1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com

MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

60 TSE decide que mandato pertence ao Partido e não ao candidato eleito. *Folha Online*, 27 de março de 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u90701.shtml>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral.

2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.

3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007.

4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral.

5. Os parlamentares litisconsortes passivos no presente mandado de segurança mudaram de partido antes da resposta do Tribunal Superior Eleitoral. Ordem denegada.⁶¹

Contudo, o STF passou a incluir hipóteses de perda de mandato parlamentar diante da infidelidade partidária. O Ministro Gilmar Mendes ressaltou haver “um verdadeiro troca-troca partidário”, pelo fato de que, no ano de 2007, ocorreram 42 mudanças de deputados, um ano após terem sido eleitos. A perda do mandato parlamentar não estaria mais presa sob o artigo 55 da Constituição Federal de 1988, na realidade, e esses acontecimentos foram vistos como prejudiciais à democracia e principalmente aos princípios do Estado Democrático de Direito.

61 STF. Supremo Tribunal Federal. Mandado De Segurança: *MS 26602, DF*. Relator: EROS GRAU. Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df?ref=feed>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

Assim, a infidelidade partidária passou a ser uma possibilidade de perda do mandato parlamentar, não havendo que se falar em direito, nem expectativa de direito, à manutenção pessoal do cargo, pois a desfiliação e a transferência injustificada são incompatíveis com a função representativa do ideário político em cujo nome o parlamentar foi eleito. Porém, o STF indicou duas únicas hipóteses em que o deputado pode se desligar da legenda mantendo o mandato: mudança significativa de orientação programática do partido e/ou perseguição política. Nesses casos excepcionais deve-se instaurar procedimento na Justiça Eleitoral para fins de comprovação do motivo justificado.⁶²

Deste modo, a mutação constitucional está presente na forma de interpretar e adequar as leis da Constituição à realidade social política, econômica e cultural de um país que busca avançar na manutenção democrática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se atentou às questões envolvendo a atuação dos Tribunais de Justiça dos Estado e do STF em relação ao constitucionalismo e à democracia. Focamos principalmente nas mutações que denominamos de (in)constitucionais e o risco que ela pode trazer ao princípio republicano e a separação dos poderes. Porém, essas posturas do Poder Judiciário, consideradas “decisionistas”, possibilitam e tencionam as relações democráticas e constitucionais presentes nos princípios da Constituição Federal de 1988.

O questionamento central deste artigo partiu da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 932, ajuizado pela

62 NEJAIN, Eduardo Fontes. Três grandes casos de mutação constitucional reconhecidos no STF. *Âmbito Jurídico*, 01 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/tres-grandes-casos-de-mutacao-constitucional-reconhecidos-no-stf/>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

ATRICON que pede ao STF, na sua representação como instância máxima da jurisdição e responsável pela manutenção da constitucionalidade democrática que a decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais que anulam penas aplicadas a prefeitos municipais quando atuam na qualidade de ordenadores de despesas, não só quanto aos efeitos eleitorais. Porém, ao identificarmos os fenômenos dessas mutações, descobrimos que as leis constitucionais devem ser acompanhadas sob a luz do pensamento hermenêutico, ou seja, a interpretação deve assegurar a aplicação do Direito na sua forma plena, sem desvios do caráter processual, o que não vem sendo respeitado. Os Tribunais têm estabelecido interpretação segundo o qual o papel dos Tribunais de Contas é apenas o de apresentar parecer.

Com isso, o STF tem em mãos uma importante decisão a ser tomada que possui riscos à performance do Estado Democrático de Direito, cabendo aos Ministros, caso seja julgado improcedente a ADPF 932 e validando assim as decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados, apresentarem argumentos válidos para a promulgação das mutações na Lei Maior.

O suporte oferecido pela Crítica Hermenêutica do Direito em relação a essas mudanças cabe na necessidade de enfatizar os riscos dessas formas de interpretação, que, muitas vezes, são levadas por uma militância ou ativismo judicial de seu pleno.

REFERÊNCIAS

BARATA, Rodrigo Sarmiento. *A Mutação Constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo/SP, 2009.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*, volume 14, número 40, 2000, p. 155-176.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 de junho de 2022.

CAMPOS, Cláudio. O que se entende por Constitucionalismo? *Jus Brasil*, 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/162907/o-que-se-entende-por-constitucionalismo-claudio-campos>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

CARVALHO, Renan Flumian de. *Qual é o conceito de Mutação Constitucional para os Ministros do STF?* Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP: São Paulo/SP, 2009.

CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho. *Mutação Constitucional como interpretação: Processos informais de mudança da Constituição no contexto Norte-Americano*. Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB: Brasília/DF, 2013.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, 2006, p.9).

COSTALDELLO, Angela Cassia. Tribunais de Contas no Brasil. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/20/edicao-1/tribunais-de-contas-no-brasil>.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*: Mutações constitucionais como manifestação da interpretação constitucional pluralista mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo/SP: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O Projeto Inacabado De Uma Teoria Da Decisão Judicial*: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte/MG: Dialética Editora, 2019. [Recurso digital].

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª. edição revisada e atualizada, São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

NEJAIN, Eduardo Fontes. Três grandes casos de mutação constitucional reconhecidos no STF. *Âmbito Jurídico*, 01 de outubro de 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/tres-grandes-casos-de-mutacao-constitucional-reconhecidos-no-stf/>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

OLIVEIRA, Pedro Miranda. O binômio repercussão geral e súmula vinculante: necessidade de aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). ***Direito jurisprudencial***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. *Consultor Jurídico*, 16 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

SACCHETTO, Thiago Coelho. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. *Revista Eletrônica de Direito Público e-Pública*, volume II, número 1, 2015, p. 123-140.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, número 173, 1988, p. 15-34.

SOUZA, Cristiane Fernandes de Souza; SOUZA, Paulo de Tarso Fernandes de. Direito e Democracia – O significado das Leis e do Legislativo na Teoria da Democracia. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, 2017, p. 145-156.

STF. Supremo Tribunal Federal. Mandado De Segurança: MS 26602, DF. Relator: EROS GRAU. Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df?ref=feed>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Colóquio Internacional de Direito e Literatura*, p. 6, 2017. Porto Alegre, RS. Mesa de Discussão II. Fatos, relatos e interpretações. Porto Alegre, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2ª. Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*. Livro-carta n. 1. 1ª. Edição, São Leopoldo: Edição do autor, 2017c.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*, 2008, p. 45-68.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, volume 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

TSE decide que mandato pertence ao Partido e não ao candidato eleito. *Folha Online*, 27 de março de 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u90701.shtml>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

VICENTE, Luciano Rosa. A possibilidade de prisão a partir da condenação em segunda instância: inconstitucionalidade, ou medida imprescindível no combate à corrupção e impunidade dos poderosos? *Jus*, abril de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65258/a-possibilidade-de-prisao-a-partir-da-condenacao-em-segunda-instancia-inconstitucionalidade-ou-medida-imprescindivel-no-combate-a-corrupcao-e-impunidade-dos-poderosos>. Acesso em: 26 de junho de 2022.\

O INSTRUMENTO CONTRATUAL NAS CONTRATAÇÕES BASEADAS EM REGISTROS DE PREÇOS. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS VERSUS CONTRATO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 14.133/21)

Edilson Gonçalves Liberal⁶³

1 INTRODUÇÃO

O Registro de Preços é um sistema de contratação que de pouco conhecido passou a ter grande utilização no Brasil. Em que pese sua origem seja citada como sendo do começo do século XX, no Código de Contabilidade de 1922, o fato é que somente depois da Lei 8.666/93 sua natureza e utilização começou a ser mais discutida, estudada e posteriormente aplicada.

Mesmo que muito da “fama” do Registro de Preços possa ser atribuída a previsão das adesões – ou “caronas” – as suas Atas por parte dos decretos que regulamentaram a Lei 8.666/93; é inegável que o sistema atingiu um grau de utilização elevado também por conta da eficiência e rapidez que este modelo de contratação trouxe às Administrações.

É corrente na doutrina, e mesmo em julgados dos tribunais de contas, menção às vantagens da aplicação do Registro de Preços em contratações de produtos/serviços que tenham difícil previsibilidade de contratação no tempo e/ou com demanda irregular durante o período, complicações de estocagem ou gerenciamento desta, além de outras virtudes.

A soma destas vantagens, tornou quase lugar-comum a repetição de que o Registro de Preços é um modo de contratação que prestigia a eficiência nas contratações públicas. Embora não seja um instrumento

63 Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-UEM; Especialista em Gestão Pública-FESP/PR e Mestre em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas-FGV/SP. Auditor de Controle Externo (Área Jurídica) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR). Coautor do Manual de Licitações do TCE/PR.

isento de críticas e, também, não seja a solução mágica para todos os problemas das contratações, temos que de fato existe essa aura de dinamismo e eficiência neste meio de contratação. Tanto, que a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21) não só continuou com a previsão do Registro de Preços, colocando-o como procedimento auxiliar, como aumentou consideravelmente o número de dispositivos legais a tratar do assunto.

Muito por conta desta citada eficiência, ferramentas que auxiliem ou que prestigiem ainda mais esta característica do Registro de Preços, além de serem sempre bem-vindas, são bastante estimuladas. Um destes instrumentos é a possibilidade de se utilizar de formas mais céleres para se finalizar a avença em Registro de Preços, sem a utilização de instrumento contratual, ou seja, um documento escrito “*contrato*”.

Com isso, encerrando a avença via própria Ata de Registro de Preços, que é a ferramenta exclusiva deste meio de contratação; em conjunto com outros instrumentos jurídicos que também operacionalizam a contratação, mas não se prestam exclusivamente a encerrar o ajuste – tais como a nota de empenho, ordem de serviço, entre outras – tem-se um prestígio em relação a meios mais expeditos de se finalizar o acordo de vontades entre a Administração e o fornecedor.

Assim, o panorama da não obrigatoriedade da utilização de termos de contrato nas contratações em Registro de Preços é o tema que orienta o que se busca discutir neste artigo. Para isso, além desse item introdutório, tem-se uma breve exposição do próprio instituto do Registro de Preços como forma de contratação, com especial atenção à Ata e a forma como se encerra uma contratação sem a necessidade de instrumento contratual. Posteriormente, os três itens seguintes apresentam o assunto conforme a Lei 8.666/93 e a Nova Lei de Licitações sob o aspecto do valor das contratações em SRP e, também, com a questão de produtos de entrega imediata. E, por fim, o último item conclui o artigo.

Com isso, pretende-se contribuir com a discussão sobre os rumos desta interessante forma de contratação, e como a interpretação da legislação, da doutrina e das decisões do controle externo pode deixá-la ainda mais célere, juridicamente segura e produtiva; a fim de prestigiar ainda mais a eficiência nas contratações públicas.

2 O REGISTRO DE PREÇOS COMO FORMA DE CONTRATAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É comum a citação na doutrina de que a utilização do registro de preços tem muitos pontos positivos. Passando por qualidades como a possibilidade de escalonar melhor as compras de objetos e serviços de difícil previsibilidade, controle mais efetivo dos estoques, possibilitando um fornecimento “*just in time*”⁶⁴ e até mesmo a obtenção de maior qualidade das compras públicas – por conta de se ir tendo acesso aos produtos e serviços conforme forem demandados, não se contratando tudo de uma vez –; são virtudes conhecidas dos órgãos e entidades que se utilizam desta forma de contratação. Há rasgados elogios a esta forma de contratação, ora nominando-a como “*uma forma inteligente de contratar*”⁶⁵ ou mesmo “*uma revolução nas licitações*”⁶⁶.

Uma dessas qualidades, embora também tenha vozes de crítica em parte da doutrina, trata-se da faculdade que tem a Administração de proceder a contratação dos objetos e serviços com preços registrados; que se entende ser a característica mais marcante da forma de contratação pelo registro de preços.

64 BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços: comentários ao decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013*. 5ª ed. Belo Horizonte:Forum, 2015.

65 REIS, Paulo Sergio de Monteiro. *Sistema de Registro de preços: uma forma inteligente de contratar – Teoria e prática*. Belo Horizonte:Fórum, 2020.

66 LEÃO, Eliana Goulart. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações*. Campinas:Bookseller, 1996.

Essa característica, que tinha previsão expressa no § 4º do artigo 15 da Lei 8.666/93⁶⁷, retornou no artigo 83 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21)⁶⁸, comprovando a sua presença destacada no regramento da forma de contratação pelo Registro de Preços.

Com isso, o Registro de Preços se mostra uma forma de contratação essencialmente diferenciada das ditas contratações ordinárias ou “normais” da Lei 8.666/93, ou mesmo da Lei 14.133/21.

Resumidamente, para a realização de certame de uma contratação ordinária, há o lançamento por parte da Administração de um edital de licitação, posteriormente há a disputa e conseqüentemente um vencedor. O licitante vencedor e a Administração celebram o contrato administrativo – por instrumento contratual ou outro documento hábil – e, a partir de então, existem ali duas obrigações na execução da avença: a) a da Administração de executar o contrato, pedindo os objetos/serviços descritos no instrumento convocatório e na quantidade e forma ali discriminada; e b) a do licitante vencedor do certame de fornecer os produtos/serviços ali entabulados, na forma e quantidade ali avençados. Superficialmente, pode-se assim considerar uma contratação dita ordinária ou “normal”, em que haja disputa com base no regramento geral das licitações; sem levar em conta situações específicas de dispensa ou inexistência.

Já no registro de preços, a mecânica é ligeiramente diferente. Num primeiro momento existe o lançamento do edital de licitação, a disputa e conseqüentemente o vencedor do certame; até aqui ele desenrola da contratação ordinária. No entanto, identificado o licitante vencedor o instrumento que ele entabula com a Administração é – primeiramente, e obrigatoriamente – a Ata de Registro de Preços

67 Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]

§ 4º **A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir**, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições. (g. n.)

68 Art. 83. A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, **mas não obrigará a Administração a contratar**, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada. (g. n.)

(ARP); ou seja, não há assinatura de termo de contrato logo de início ou contratação de imediato. A ARP pode – ou não – gerar contratos típicos, ou seja, não necessariamente há elaboração de documento denominado “*contrato*” em Registro de Preços; mas obrigatoriamente há a assinatura da ARP.

Com isso, tem-se como corolário lógico deste sistema que é possível a execução da avença – ou seja, do fornecimento de bens e serviços – somente com a Ata de Registro de Preços, sem a necessidade de existência de um documento intitulado “*contrato*” propriamente dito.

É claro que o fato de se proceder a execução da avença somente com a Ata de Registro de Preços não quer dizer que não há contratação, ou mesmo contrato administrativo. A maneira mais simples, rápida e desburocratizada pela qual a ARP permite a contratação pela nota de empenho, carta-contrato, pedido de compra e ordem de serviço e que perfectibilizam a contratação, são contratos administrativos *lato sensu*, mas com todo o peso que esse termo traz⁶⁹.

Por esta razão, neste texto, quando se falar do documento intitulado “*contrato*” propriamente dito, assinados entre a Administração e fornecedor, utilizar-se-á as expressões “*instrumento contratual*” ou “*termo contratual*”.

2.2 A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O instrumento que consolida e dá sustentação ao Sistema de Registro de Preços (SRP) é chamado de Ata de Registro de Preços (ARP), que não tinha previsão expressa ou definição na Lei 8.666/93. Como aquela norma geral expressamente delegava a regulamentação

69 A doutrina é muito contundente ao tratar desse ponto: “Deve-se ter em vista que a existência de um *contrato administrativo* não depende da forma adotada para sua formalização. Existe contrato administrativo mesmo quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho. Aperfeiçoa-se o contrato administrativo quando completados os atos jurídicos necessários à formalização que exterioriza o acordo de vontades.” JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. Pág. 530.

do SRP a decretos, como instrumentos regulamentares, cabia a esses instrumentos infralegais estabelecerem o arcabouço de existência desses instrumentos de avença tão marcantes do SRP.

O primeiro regulamento federal a tratar do SRP foi o Decreto 2.743/98, editado cinco anos após a sanção da Lei 8.666/93 e que não tinha propriamente uma definição do que fosse a Ata de Registro de Preços; muito embora disciplinasse no artigo 10 que ela teria “*efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas*”.

Posteriormente, surgiu o Decreto Federal 3.931/01, muito famoso no meio das compras públicas por ter sido o primeiro regramento de registro de preços a tratar da adesão a atas de registro de preços, ou a popular “*carona*” nas contratações por esta via. Ademais, foi também o primeiro regramento federal do SRP a trazer uma definição completa de Ata de Registro de Preços. O inciso II do parágrafo único do artigo 1º era do seguinte conteúdo:

II – Ata de Registro de Preços – documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

Como se vê, o Decreto já trouxe uma preocupação e posicionamento mais conceitual, com uma (tentativa de) diferenciação do que seria ARP e um contrato propriamente dito.

Muito por conta da celeuma que as adesões a atas de registro de preços causaram, inclusive com forte atuação do controle externo – especialmente o Tribunal de Contas da União (TCU) – em relação a esses casos, foi editada nova regulamentação para o Registro de Preços, o Decreto Federal 7.892/2013; mas sem grandes alterações no que concerne a definição da Ata de Registro de Preços. Esta conceituação está no inciso II do artigo 2º do referido decreto:

II - ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, **em que** se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas; (g. n.)

Como se vê, a única alteração é de cunho sintática, onde se substituiu a expressão “*onde se registram os preços*” do Decreto 3.931/01 pela frase “*em que se registram os preços*”, conforme destacado na citação acima. Portanto, se percebe que a definição permaneceu intocada, havendo somente a substituição do advérbio “*onde*”, aliás, acertadamente.

Tendo em vista a definição trazida nos regramentos federais, muitas das regulamentações dos Estados e mesmo dos Municípios acabaram, ou reproduzindo fielmente a normativa federal, ou alterando-a em questões laterais, mantendo-se a definição original. É o que se pode inferir, por exemplo, de regramentos de entes federados Brasil afora (todos vigentes quando da consulta)⁷⁰. No entanto, isto não retira destes entes federados a possibilidade de regulamentar diferentemente do modelo federal, ou mesmo optar-se por não definir a ARP⁷¹.

Feita essa digressão temporal dos regulamentos federais sobre essa forma de contratação a respeito da definição do que seria a Ata de Registro de Preços, tem-se que existem algumas menções que tendem a classificar a ARP como um tipo de pré-contrato, ou contrato

70 No Paraná, o Decreto Estadual 7.303/21; no estado de São Paulo, o Decreto Estadual 63.722/18; e em Minas Gerais, o Decreto Estadual 46.311/13. No município de Curitiba o Decreto Municipal 1.550/06; no município de São Paulo o Decreto Municipal 56.144/15 e município de Belo Horizonte o Decreto Municipal 16.538/16.

Ressalte-se que a maioria desses decretos se encontram em vias de revogação, ante a necessidade de regulamentação da Lei 14.133/21. No entanto, é importante a menção por conta do histórico da definição da Ata de Registro de Preços.

71 Como fez o Município de Porto Alegre no Decreto Municipal 11.555/96.

preliminar com base na tradicional classificação das obrigações do Direito Civil.

Embora possa se considerar essa tese classificatória como sedutora, é possível entender essa definição como pouco clara e a desconsiderar algumas peculiaridades da própria teoria das obrigações, do Direito Civil e, portanto, não completamente isenta de críticas. No entanto, como não se trata do mote que aqui discutimos, nos furtaremos da discussão nesse artigo por conta de não ser este ponto o seu escopo principal.

O fato é que boa parte da crítica que poderia se fazer à definição da Ata de Registro de Preços que era somente feita por instrumentos infralegais – o que poderia suscitar definições diferenciadas conforme entes federados pudessem trazer outras conceituações – não mais persiste. Isto porque a Nova Lei de Licitações (14.133/21), trouxe agora a sua concepção do que seria a ARP. No artigo 6º, que trata das definições na nova lei, o inciso XLVI tem a seguinte definição:

XLVI - ata de registro de preços: documento vinculativo **e** obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados **o objeto**, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas; (g. n.)

Como se vê, a normatização praticamente repetiu grande parte da definição do Decreto 7.892/2013 com as exceções destacadas no texto acima, ou seja, agora determinando – por óbvio – que a ata também trouxesse quais os objetos que teriam os preços registrados; situação que os decretos tinham omitido.

A grande questão que fica da definição da ata de registro de preços é que todas as regulamentações – as infra legais e a normativa

– sempre pontuaram e tentaram marcar a diferenciação entre a ata e o contrato propriamente dito.

De fato, a doutrina – na linha das normas infralegais – sempre repetiu com bastante veemência que a Ata de Registro de Preços não se confundiria com o contrato, e que este seria um caminho (natural ou não) após a Ata, e não antes dela; o que se acontecesse viria a caracterizar então uma contratação dita “*normal*”, e não uma pelo Sistema de Registro de Preços.

Também, é importante repisar que o contrato que se está a falar é o ato de se entabular a entrega do produto/serviço pelo fornecedor à Administração, ou seja, a execução da avença. Desta forma, é importante diferenciar essa contratação dita *lato sensu*, do instrumento contratual propriamente dito, ou o “*termo de contrato*” como já visto; ou seja, a elaboração de um documento intitulado “*contrato*” entre a Administração e o fornecedor, além da própria Ata de Registro de Preços.

É relevante a distinção por conta das inúmeras confusões que essas denominações causam em quem milita na área das compras públicas. É importante deixar absolutamente claro que o registro de preços poderá gerar muitas contratações, mas não necessariamente por meio de instrumentos contratuais, ou seja, por documentos intitulados “*contratos*” entre a Administração e o Fornecedor.

Por conta disso que é importante revisitar a necessidade do instrumento contratual, ou seja, da obrigatoriedade do uso deste documento intitulado “*contrato*”, nos ajustes entre a Administração e os fornecedores no Sistema de Registro de Preços.

2.3 A MECÂNICA DA CONTRATAÇÃO SOMENTE COM A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Como já dito, diferentemente de uma contratação ordinária (ou “*normal*”), no Registro de Preços o primeiro instrumento a ser entabulado entre o licitante vencedor e a Administração será a Ata de

Registro de Preços. Assinada a Ata, surge à Administração a faculdade de contratar e ao licitante vencedor a obrigatoriedade de fornecer os bens/serviços licitados.

Continuando a execução do acordo de vontades, a Administração ao requerer os produtos/serviços ao agora Fornecedor, o fará através de “pedidos” ou “ordens de serviço” conforme se trate de produtos ou serviços o objeto da contratação; e então se perfectibilizará a relação entabulada com essa entrega. Importante pontuar que as condições para essa entrega poderão estar reguladas pela própria Ata ou mesmo pelo Edital, que definirá o prazo para atendimento, condições, locais de entrega e até mesmo o instrumento que viabilizará o pedido, se *e-mail*, correspondência com AR, entrega de ofício ao fornecedor, mensagem de SMS ou *WhatsApp* etc.

Não é incomum que após a assinatura da Ata de Registro de Preços (ARP) possam surgir “instrumentos contratuais”, ou seja, que o instrumento da avença tenha – além da própria Ata – mais um ou vários “termos de contrato”, mas há a possibilidade da avença ser totalmente satisfeita somente com a Ata, mediante as ferramentas já citadas no item 1.1: nota de empenho, carta-contrato, pedido de compra e ordem de serviço.

Estes documentos, formais e produzidos pela Administração têm outras funções que não especificamente encerrar a avença. Geralmente são utilizados para funções administrativas, orçamentárias/fiscais/financeiras e mesmo para procedimentalização de atos próprios do andamento da contratação; mas foi dado a eles pelo legislador, a possibilidade de encerrar a avença, substituindo o “instrumento contratual”. Por conta disso, é importante que estes documentos – tanto quanto possível – tenham em seus conteúdos as informações necessárias ao “contrato”, tais como partes, objeto, valor etc.

Muito por conta dessa sistemática dos “pedidos” autorizados pela Ata, e posteriormente a contratação propriamente dita, é que se pode classificar a contratação mediante Sistema de Registro de Preços como uma contratação “dual”, ou seja, com dois passos para perfectibilização da avença. O primeiro pela Ata de Registro de

Preços, e o segundo a finalização da avença propriamente dita, seja por “*instrumento contratual*” ou por outro documento hábil permitido pela legislação.

Paradoxalmente, essa “*dualidade*” acaba por deixar a contratação como um todo mais eficiente, uma vez que o fato de ter várias licitações em uma só, e a Administração ir executando a ARP durante a sua validade na sua necessidade, torna o Registro de Preços mais dinâmico, menos burocrático e potencialmente com chances de atender melhor a necessidade do órgão quando da sua ocorrência.

3 A OBRIGATORIEDADE DO USO DO TERMO CONTRATUAL NAS LICITAÇÕES PELO SRP NA LEI 8.666/93

A operacionalização da Lei 8.666/93 permitia com certa tranquilidade se definir em quais momentos o instrumento contratual, ou seja, o documento intitulado “*contrato*” seria estritamente necessário nas contratações de Registro de Preços. Isso, muito por conta da dicção de seu artigo 62, que diz(ia):

Art. 62. O instrumento de contrato é **obrigatório** nos casos de **concorrência e de tomada de preços**, bem como nas dispensas e inexigibilidades **cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação**, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (g. n.)

Assim, em contratações ditas “*normais*” – no regramento da Lei 8.666/93 – se o valor da contratação estivesse compreendido até o valor da modalidade convite, se poderia não ter o instrumento contratual propriamente dito; com a possibilidade de substituí-lo pela nota de empenho de despesa, carta-contrato ou autorização de compra se

objeto, ou ordem de execução se contratação de prestação de serviços. No entanto, se a contratação estivesse acima do valor do convite, o documento intitulado “*contrato*” seria obrigatório.

Relembre-se que até a edição do Decreto 9.412/18 o limite de contratação da modalidade convite era de R\$ 80.000,00, e após este regulamento aquele valor passou a ser de R\$ 176.000,00.

E como se daria a necessidade do instrumento contratual nos casos de utilização do Registro de Preços?

Na vigência da Lei 8.666/93 a sistemática permanece(u) calçada no seu artigo 62, no entanto, com uma pequena variante. Como já dito no item 2.3, o Registro de Preços caracteriza-se por ser uma espécie de contratação “*dual*”, ou seja, com dois passos, o primeiro da Ata e o segundo da contratação. No primeiro passo, tem-se antes da avença se perfectibilizar a existência do “*pedido*”, ou da “*ordem de serviço*”, baseados somente na Ata de Registro de Preços (ARP); que aciona o fornecedor para a sua parte no ajuste e aí encerrar a contratação nesse ponto, em relação a esta parte da ARP; concluindo o segundo passo.

Assim, o “*pedido*” ou a “*ordem de serviço*” é que determinará como se formalizará a contratação no Registro de Preços.

Ao oficializar a Ata de Registro de Preços e publicá-la, a relação entre a Administração e o Fornecedor, no que tange à execução da avença, se inicia. Em um Registro de Preços na Lei 8.666/93 para compra de bens, por exemplo, ao fazer cada “*pedido*” – conforme a sua necessidade – se este for acima de R\$ 176.000,00 o instrumento contratual será obrigatório, senão poderá ser substituído pela nota de empenho de despesa, carta-contrato ou autorização de compra.

Um exemplo ajuda a aclarar a situação. Após uma licitação para compra de determinado objeto, um município oficializa a Ata de Registro de Preços com um fornecedor e a publica, num total de 3.000 unidades do objeto e no valor total hipotético de R\$ 3.600.000,00. Imaginemos que no primeiro “*pedido*”, poucos dias após a publicação da Ata, o Município requeira ao fornecedor 100 unidades do objeto e o valor do “*pedido*” fosse de R\$ 120.000,00. Nesse caso, com base no artigo 62 da Lei 8.666/93, a própria nota de empenho de despesa (ou

carta-contrato ou autorização de compra) perfectibilizaria a avença e a contratação – no que tange a estas 100 unidades do objeto –, estaria perfeita e acabada conforme a Ata de Registro de Preços.

No entanto, em sentido oposto, caso o município estivesse necessitando de mais daqueles objetos e logo no início da vigência da Ata já fizesse o primeiro “*pedido*” de 300 unidades – dez por cento da Ata – no valor de R\$ 360.000,00, o instrumento de contrato, ou seja, o documento intitulado “*contrato*” seria obrigatório, nos termos do artigo 62 da Lei 8.666/93.

Esta é, de modo resumido, a mecânica da necessidade ou não da utilização do instrumento contratual nos Registros de Preços nos termos da dicção da Lei 8.666/93.

Antes de analisar-se as situações da Nova Lei de Licitações, é importante pontuar que existem outras variantes do próprio artigo 62 da referida lei quanto à *entrega imediata* de objetos, o que também pode dispensar a obrigatoriedade da utilização do instrumento contratual no registro de preços, tema que será tratado em item separado neste artigo.

4 A OBRIGATORIEDADE DO USO DO TERMO CONTRATUAL NAS LICITAÇÕES PELO SRP NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI 14.133/21)

Na Nova Lei de Licitações (NLL), o Registro de Preços agora teve tratamento mais detalhado do que havia na Lei 8.666/93 com vários pontos, ora definindo, ora regravando situações específicas deste tipo de contratação.

No entanto, no que tange à necessidade de utilização de instrumento contratual neste tipo de contratação, a NLL não trouxe mudanças tão significativas acerca da (não) necessidade de utilização do instrumento contratual.

O regramento em relação a este ponto está no artigo 95 da Lei 14.133/21, que tem a seguinte redação:

Art. 95. O instrumento de contrato **é obrigatório**, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração **poderá substituí-lo** por **outro instrumento hábil**, como **carta-contrato**, **nota de empenho de despesa**, **autorização de compra** ou **ordem de execução de serviço**:

I - **dispensa de licitação em razão de valor**;

II - **compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras**, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor. [...]

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (g. n.)

Como se vê do trecho transcrito acima, não se tem mais o balizamento de modalidades de licitação a dar sustentação à necessidade (ou não) de se utilizar de instrumento contratual nas contratações pela NLL. E assim acontece, muito em razão da não existência de limites de valores nas modalidades da Lei 14.133/21; o que pode ser considerada como uma grande inovação no que toca a este tema pela nova norma.

Como os balizamentos relativos a valores ficaram restritos a outros dispositivos, marcadamente os de dispensa – ainda mais em razão do valor, o que não poderia ser diferente – e, como a política legislativa em relação à obrigatoriedade do uso do instrumento contratual na nova lei continuou atrelada às variáveis “valor” e “*entrega imediata*”, a lei fez uma opção clara para que o dispositivo fizesse menção somente à dispensa por valor.

Por conta disso, só estão isentos da utilização do instrumento contratual propriamente dito na Nova Lei – no que toca às questões de valor –, as contratações que tenham valor de até R\$ 50 mil para compras, e R\$ 100 mil para obras, serviços de engenharia e serviços

de manutenção de veículos automotores⁷². Acrescente-se que estes eram os valores originariamente estabelecidos pela NLL quando de sua sanção; que já foram reajustados pelo Decreto 10.922/21, passando as cifras a serem de R\$ 54.020,41 e R\$ 108.040,82, respectivamente; nos termos do que a própria NLL estipula acerca do reajustamento de seus valores⁷³.

Assim, ao se considerar a metodologia de contratação do Registro de Preços, só estariam isentos da utilização compulsória de instrumento contratual os “pedidos” da Administração em uma compra de bens, por exemplo, até o valor de R\$ 54.020,41. Na nossa estória do item 3, por exemplo, qualquer dos “pedidos” lá descritos necessariamente deveria gerar instrumento de contrato, não podendo ser substituído por nota de empenho, carta-contrato ou autorização de compra; considerado frise-se, somente o valor da contratação, sem levar em conta questões relativas a “entrega imediata”.

É certo que a Nova Lei ao permitir, expressamente, o Registro de Preços para contratação de obras e serviços de engenharia – cuja omissão na Lei 8.666/93 e na Lei do Pregão gerava dúvidas e insegurança jurídica tanto na doutrina como no controle externo – traz a possibilidade das “ordens de serviço” nas Atas destas contratações serem nos valores de pouco mais de R\$ 108 mil, o que dispensaria a elaboração do instrumento contratual; mas ainda sim longe dos R\$ 178 mil que o regramento anterior permitia.

Assim, percebe-se que a modelagem da necessidade de utilização do instrumento contratual na Lei 14.133/21, em detrimento da possibilidade de utilização de instrumentos jurídicos menos formais e mais céleres – tais como a carta-contrato, a autorização de compra e mesmo a nota de empenho – foi muito tímida em relação a Lei 8.666/93.

72 Que são os limites da dispensa por valor do artigo 95 incisos I e II da Lei 14.133/21.

73 Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP.

Não há na exposição de motivos da Nova Lei⁷⁴, qualquer menção a *mens legis* que levou a Lei 14.133/21 a tratar desta maneira a obrigatoriedade de utilização do instrumento contratual. Como já dito, a ausência de balizamentos de preço em relação às modalidades, e a continuidade do racional da obrigatoriedade do uso do instrumento contratual continuar atrelado a valores, fez com que este referencial ficasse restrito, obviamente, àqueles presentes na própria Lei.

Ocorre que utilizar-se do parâmetro da dispensa foi uma escolha deliberada do legislador. A Lei 14.133/21, em que pese não tenha menção de valores em relação a modalidades, tem oito citações diretas deste tipo em seu texto, mais do que a Lei 8.666/93, que tinha seis. Destas oito vezes, em três oportunidades a Nova Lei cita o montante de R\$ 300 mil como balizador⁷⁵, que poderia perfeitamente ter sido utilizado no inciso I do artigo 95 como parâmetro de não obrigatoriedade de utilização de instrumento contratual. Esse valor seria mais consentâneo até mesmo com o aumento do limite da dispensa, que foi de R\$ 17,6 mil na Lei 8.666/93 para R\$ 50 mil na Lei 14.133/21.

É compreensível a lógica da não obrigatoriedade de termos de contrato para contratações mais simples e de valores menores; no entanto, tendo em vista o aumento do referencial da própria dispensa na Nova Lei, seria natural imaginar-se um aumento também na correspondência do valor para não obrigatoriedade do instrumento contratual. Por mais que não se quisesse um salto para R\$ 300 mil, conforme exposto, um balizamento em um percentual desse valor, mas maior do que o já previsto na Lei 8.666/93, já seria no mínimo manter o estado das coisas; razão pela qual é possível se afirmar que a Nova Lei poderia ter ido muito além no regramento desse quesito⁷⁶.

74 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=3>. Acesso em mai/2022.

75 Art. 37, § 2º; art. 70, III e art. 75, IV, “c”;

76 A Lei 14.133/21 no art. 76, § 5º, inciso I faz menção a percentual do valor da dispensa para regradar situação, razão pela qual poder-se-ia cogitar de percentual também de outros valores para fins de não obrigatoriedade de utilização de “*termo de contrato*”

Ao se utilizar a correspondência com a dispensa de valor é natural que o valor da não obrigatoriedade diminuísse, já que dispensas por valor fatalmente tem valores menores do que montantes balizadores de modalidades, tipos de licitação ou outros referenciais. As leis de contratação pública sempre buscaram desestimular o uso da dispensa, e o seu valor baixo sempre fez parte do arcabouço argumentativo desta tentativa.

Ainda nesta linha de raciocínio, a Lei 14.133/21 é resultado de um grande emaranhado de projetos de lei que tramitavam no legislativo. Existia um considerável número de projetos que, ou tencionavam alterar a Lei 8.666/93, ou mesmo revogá-la completamente. É difícil até compreender como se chegou à redação que foi apresentada pela Nova Lei de Licitações. Muitos projetos de lei – tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal – foram utilizados/apensados/alterados para se chegar à redação apresentada na Lei 14.133/21.

Como exemplo, a exposição de motivos da NLL citada neste texto, é parte do Projeto de Lei do Senado Federal 559/2013. Este Projeto tinha a redação deste artigo da obrigatoriedade do termo de contrato essencialmente diferente do que se tem na atual lei de licitações. Veja-se⁷⁷:

Art. 102. O instrumento de contrato é facultativo nos casos de dispensas previstas nesta Lei em razão de valor **e nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis**, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço; [...] (g. n.)

Como se vê na parte destacada, havia no projeto do Senado Federal uma autorização legal ampla e discricionária para Administração substituir o termo de contrato por outros instrumentos

⁷⁷ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiinal=>. Acesso em: mai/2022.

juridicamente e administrativamente mais comuns. Uma simplificação no procedimento de contratação sem precedentes.

No entanto, o texto presente no artigo 95 da Lei 14.133/21, veio do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 6.814/2017, com redação praticamente idêntica àquela da lei, com o agravante de ter como única diferença o valor para o contrato verbal, que no Projeto de Lei da Câmara poderia ser de até R\$ 32 mil; ao passo que na lei sancionada é de R\$ 10 mil.

Ante todo o raciocínio até aqui apresentado, tem-se que agora, tanto nas contratações ditas “*normais*” como naquelas em Sistema de Registro de Preços, a elaboração obrigatória do instrumento contratual provavelmente estará mais presente no cotidiano da Administração Pública, conseqüentemente, aumentando os custos de transação nestes ajustes.

Em que pese não haja menção na exposição de motivos da NLL, e mesmo no histórico da tramitação dos projetos de lei que geraram a Lei 14.133/21, o inciso II do artigo 95 – relacionado à “*entrega imediata*” – parece ter assumido o posto de “agente simplificador” da contratação, que poderia dispensar a obrigatoriedade do uso do termo de contrato nas contratações.

5 AS COMPRAS COM “ENTREGA IMEDIATA E INTEGRAL” E A OBRIGATORIEDADE DO USO DO TERMO CONTRATUAL

Como já alinhado no item anterior, grosso modo, pela Nova Lei de Licitações existem somente duas possibilidades de contratação entre a Administração e fornecedores sem o instrumento de contrato: i) se o montante da contratação estiver compreendido nos limites da dispensa de licitação por valor; e ii) se o bem for de entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras. Essa é a dicção do artigo 95 da Lei 14.133/21.

No entanto, mesmo no regramento da Lei 8.666/93, a conceituação e a operacionalização da “*entrega imediata*” não eram muito claras e de fácil instrumentalização; suscitando dúvidas e mesmo desistência de

não utilização de instrumento contratual – por conta deste fundamento – por órgãos da Administração. Por conta disso, é interessante pontuar as diferenças entre os dois marcos legislativos.

5.1 O REGIME DA “ENTREGA IMEDIATA” NA LEI 8.666/93

No regramento da Lei 8.666/93 o fato de bens e produtos terem entrega imediata também era razão para se facultar o uso do instrumento contratual, seja nas contratações ditas “normais”, seja por meio do Registro de Preços. Esta autorização estava no § 4º do artigo 62 da referida lei, com a seguinte redação:

§ 4º É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

A definição de “*entrega imediata*”, por sua vez, era dada pela própria Lei 8.666/93 no artigo 40 § 4º:

§ 4º Nas compras para entrega imediata, **assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta**, poderão ser dispensadas: [...] (g. n.)

Como se pode notar da própria dicção da norma, o § 4º do artigo 40 tem uma péssima redação, que se fosse interpretada literalmente pela Administração praticamente inviabilizaria o acontecimento da chamada “*entrega imediata*”; haja vista ser de difícil ocorrência que em uma licitação, com todos os seus trâmites respeitados, houvesse a entrega de um bem em até 30 dias da proposta no certame. No Registro de Preços então, este tipo de episódio – por conta do escalonamento no

tempo dos pedidos facultado à Administração – seria quase impossível, tornando tal parágrafo, na realidade, letra morta na Lei 8.666/93⁷⁸.

Não por outra razão, a doutrina além de criticar veementemente este parágrafo, também defendia, com muita propriedade, que se interpretasse esta norma sistematicamente com todo o arcabouço das compras públicas, de modo que se considerasse a entrega do bem em até 30 dias a partir do “pedido” de fornecimento produto, e não da proposta.

Já o controle externo, em que pese tenha por muitas vezes decisões que confirmem a literalidade do § 4º do artigo 40 da Lei 8.666/93⁷⁹; caminhou no sentido de considerar a ocorrência da entrega imediata a partir do pedido de fornecimento formal da Administração⁸⁰.

No entanto, por mais bem intencionada e fundamentada que fosse a interpretação da doutrina, ou mesmo as decisões do controle externo, o fato é que a redação do dispositivo que conceituava a “entrega imediata” na Lei 8.666/93 era contundente e muito clara.

Este é o fato pelo qual acredita-se que grande parte das Administrações, principalmente de entes federados e órgãos menores, fossem tão reticentes com a “entrega imediata” e, por via de consequência, com a possibilidade de não se utilizar do instrumento de contrato nas contratações e – principalmente – nos Registros de Preços.

78 A explicação para que conste na redação do art. 40, § 4º da Lei 8.666/93, a expressão “da data [...] da proposta”, se dá por conta do período inflacionário que vivíamos quando da edição daquela lei, o que prestigiaria a manutenção do valor da moeda quando a entrega ocorresse mais perto da apresentação da proposta. É o que se colhe da doutrina (Marçal Justen Filho, 2005, pág. 298) e de decisão do TCU (Acórdão 1.234/2018-Plenário). Entretanto, o fato é que isto não retira do dispositivo sua difícil aplicação nas contratações públicas, e sua virtual inaplicabilidade no Registro de Preços.

79 Acórdão 5.221/2016-2ª Câmara e Acórdão 1.296/2017-Plenário – Tribunal de Contas da União (TCU)

80 Acórdão 1.234/2018-Plenário (TCU): “9.1.2 a ‘entrega imediata’ referida no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993 deve ser entendida como **aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido formal de fornecimento feito pela Administração**, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação; [...]” (g. n.)

Por conta disso é que se considera que, na dicção da Lei 8.666/93, era mais segura a ideia de que nos Registros de Preços o valor do “pedido”, ou seja, o preço daquela contratação específica, nos termos do já alinhado no item 3, poderia balizar mais tranquilamente a utilização de instrumentos jurídicos e administrativos menos burocráticos, mais simples e expeditos, trazendo mais eficiência às contratações.

5.2 O REGIME DA “ENTREGA IMEDIATA” NA LEI 14.133/21

Já na Nova Lei de Licitações, a situação diferenciou-se do panorama herdado da Lei 8.666/93.

Primeiramente, existem apenas três menções a expressão “*entrega imediata*” desta forma redigida em todo o texto da lei. Dois deles a respeito de simplificar análise de documentações e/ou análise jurídica de editais em contratações com esse tipo de desfecho e, a última menção, a do próprio artigo 95 que se examina nestes itens.

No entanto, a Lei 14.133/21, traz longo capítulo sobre definições, que estão elencadas no artigo 6º do diploma legal. No inciso X do referido artigo, ao definir o que é “*compra*”, a nova norma traz a conceituação de “*entrega imediata*” de forma indireta, veja-se:

X - compra: aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, **considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento;** (g. n.)

Como se nota, da mesma forma como aconteceu na Lei 8.666/93, houve a clara intenção de se definir o que seria “*entrega imediata*” na Nova Lei de Licitações.

Entretanto, diferentemente do que ocorria na Lei 8.666/93, a definição do conceito agora – em que pese feito de forma indireta – é mais consentânea não só com o restante do texto da Nova Lei, mas

principalmente com a mecânica e a lógica das contratações; deixando-se clara a informação de que se considerará entrega imediata aquela que se der com prazo de até 30 dias do pedido de fornecimento por parte da Administração.

Veja-se que a redação deste dispositivo se utiliza de expressão muito parecida com a do Acórdão 1.234/2018 do TCU⁸¹; o que corrobora a tese de muitos estudiosos das leis de contratações de que a Lei 14.133/21 é um grande apanhado de outras leis e de julgados do Tribunal de Contas da União.

Goste-se ou não disso, o fato é que esta regra do artigo 6º inciso X, juntamente com o inciso II do artigo 95, agora trazem um panorama legal mais seguro para as Administrações no que tange a “*entrega imediata*” de bens, tanto nas contratações ditas “*normais*”, como naquelas em Registro de Preços.

Ao se observar novamente a dicção do inciso II do artigo 95, tem-se que será dispensável a elaboração de instrumento de contrato na compra de bens com “*entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor*”. Note-se que, em que pese esta definição repita grande parte do que já se dispunha desde o Decreto-Lei 2.300/86 neste tema, agora com a clareza da definição do inciso X do artigo 6º, passa a ser mais compreensível e facilitada a aplicação da norma.

Os questionamentos que podem surgir na seara destes dispositivos dizem respeito à interpretação do que sejam os fenômenos ligados as expressões “*obrigações futuras*” e “*assistência técnica*”; esta última muito por conta de sua confusão com outro instituto: o da garantia; temas que já traziam muita confusão na dicção da Lei 8.666/93.

De certa forma, tanto a doutrina quanto o controle externo quando do exame da lei anterior já analisaram com bastante profundidade esta questão, mas algumas dúvidas e inseguranças ainda

81 Vide nota de rodapé nº 18.

permanecem, de modo que cabe ao gestor, ou servidor que milita nas licitações, atentar a estas diferenças de interpretação.

Ao asseverar que “o instrumento contratual completo deve ser adotado quando o contratado não se liberar de suas obrigações mediante a pura e simples entrega do bem”⁸², a doutrina nos alerta que considerar-se-á de “*entrega imediata*”, a compra do bem em que a sua simples colocação à disposição da Administração já encerre aquela avença; ou seja, o acordo de vontades será finalizado com a simples disposição do bem à Administração. Essa é a regra.

Continuando, a doutrina diz que ainda há “*entrega imediata*” mesmo que ainda haja, por parte do fornecedor, obrigações relacionadas a garantia por vícios ocultos, evicção etc.; que seriam obrigações legais do próprio fornecedor, não ensejando a bilateralidade do pactuado com a Administração, ou uma “*atuação determinada e específica do vendedor*”⁸³.

O controle externo – aqui representado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) – também já aquiesceu com esta linha de raciocínio. No Acórdão 1.234/2018 – Plenário o TCU determina, com bastante propriedade, tanto a própria definição do que seria a “*entrega imediata*” como a questão da assistência técnica ou garantia.

Em relação à “*entrega imediata*”, a referida decisão assevera que

Em negócios assim entabulados, **a entrega do bem exaure toda e qualquer obrigação assumida pelo particular contratado**. Totalmente desnecessária, em consequência, a utilização de instrumento de contrato no qual sejam estipuladas obrigações e encargos a serem adimplidos pelo contratado, porquanto a entrega do bem, como disse, exaure o objeto pactuado. (g. n.)

82 JUSTEN FILHO, Marçal. 2021, pág. 1.253.

83 *Idem*.

Para explicar as expressões “assistência técnica” e “garantia”, o Acórdão 1.234/2018 do TCU, continua o argumento:

[...] nesses casos de compras em que não há obrigações futuras, a entrega do bem adquirido extingue a relação entre as partes, sendo desnecessária, e até incompatível com o objeto, a formalização de termo contratual para reger as obrigações e controlar o cumprimento destas. **A esse respeito, assinalo que a garantia legal (e a correspondente assistência técnica), de que trata o art. 24 do Código de Defesa do Consumidor, é naturalmente oferecida pelo fabricante ou revendedor, independentemente de quem seja o comprador, e, por esse motivo, prescinde de obrigação contratual para ser exigida e cumprida.** (g. n.)

Assim, as duas expressões retratariam condições da própria natureza do fornecedor protegidas por lei, isto é, seja a Administração, seja qualquer pessoa presente naquela relação, o Código de Defesa do Consumidor⁸⁴ protegeria o desfecho da avença em favor quem é o consumidor.

No entanto, em que pese o inegável avanço para simplificação das contratações públicas, a questão é polêmica, a decisão do TCU é relativamente recente e as decisões nesse sentido devem sempre ser avaliadas com muito cuidado por quem milita nas contratações públicas.

Assim, no exemplo do item 3, como a simples entrega dos bens já traria plena satisfação da avença, por mais que haja questão da garantia envolvida, fossem os “pedidos” após a assinatura da Ata de Registro de Preços maiores que R\$ 54.000,00, a avença também poderia ser entabulada somente com a nota de empenho, haja vista

84 Lei 8.078/90. Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expreso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

a entrega imediata dos objetos daquela contratação; prescindindo-se, portanto, do instrumento contratual.

Como se vê, a questão da entrega imediata ficou relativamente mais clara na sistemática da Nova Lei de Licitações. A evolução da doutrina, bem como a consolidação do posicionamento do controle externo, pode trazer mais segurança jurídica para utilização de instrumentos de avença mais céleres e simplificados para os órgãos da Administração, tais como a nota de empenho de despesa, carta-contrato ou autorização de compra.

5.3 A UTILIZAÇÃO DA “ENTREGA IMEDIATA” NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS

Por fim, quando o assunto é dispensabilidade de instrumento contratual por conta de “*entrega imediata*” – em contratações “*normais*” ou em Registro de Preços – é importante deixar absolutamente claro que, já desde a Lei 8.666/93, havia muitas dúvidas sobre a possibilidade de utilização deste procedimento nas contratações de serviços.

Em que pese a dicção do § 4º do artigo 62 da Lei 8.666/93 fosse bastante categórica, ao trazer contundentemente as expressões “*compras*” e “*bens*”, caracterizadoras da contratação de produtos (ou coisas), muito por conta da clássica distinção do próprio Direito Civil⁸⁵; começou-se a aventar, em algumas Administrações, a tese de que seria possível a utilização da “*entrega imediata*” – e conseqüentemente, da dispensabilidade do termo contratual – também nos serviços, desde que obviamente não existissem prestações necessárias a serem realizadas pelo Fornecedor posteriormente; ilação talvez influenciada por algumas manifestações do próprio Tribunal de Contas da União⁸⁶.

85 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro:2006, págs. 207 e 322.

86 Acórdão 367/2003-Plenário – TCU: “Na prestação de serviços ajustados via dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor seja equivalente aos limites estabelecidos para tomada de preços e concorrência, a formalização do instrumento contratual de fato é obrigatória, como determina o artigo 62, caput, da Lei 8.666/93. Contudo, no § 4º desse mesmo artigo, é prevista a **possibilidade de dispensa do instrumento contratual**, independentemente do seu valor, nos casos de compra para entrega

No entanto, mesmo que a tese seja sedutora, e que alguns exemplos de prestação de serviços simples, com execução única, possam ser encontrados nas contratações Brasil afora com relativa facilidade⁸⁷, o fato é que a redação da Lei 8.666/93 nesse ponto era muito clara, vedando expressamente a utilização da “*entrega imediata*” nas prestações de serviços.

A Lei 14.133/21 seguiu a mesma linha da lei anterior, ao prever novamente as expressões “*compras*” e “*bens*” no inciso II do artigo 95, retirando novamente a possibilidade de utilização de outros instrumentos jurídicos hábeis, mas mais simplificados, na contratação de serviços⁸⁸; no que tange, exclusivamente, à “*entrega imediata*”; o que também pode ser considerado um ponto em que se poderia ter avançado na Nova Lei de Licitações.

É claro que, nos termos do já alinhado no item 4, a contratação de serviços – em contratações “*normais*” ou em Registro de Preços – que se situem nas faixas de preço do inciso I do artigo 95 poderão prescindir da utilização do instrumento contratual, mas aí em razão do valor, e não da satisfação plena da avença, caracterizando a “*entrega imediata e integral*” dos serviços; e desde que, é claro, não gerem obrigações futuras para o Fornecedor.

imediate e integral dos bens **e serviços** adquiridos, da qual não resulte obrigações futuras, sendo permitido que o contrato seja substituído por carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, instrumentos bem mais singelos que um contrato.” (g. n.)

Ou ainda, o Acórdão 1.219/2007 – Primeira Câmara – TCU: “Sempre quando houver **obrigações futuras** decorrentes do fornecimento de bens **e serviços**, formalize, independentemente da modalidade de licitação, termo de contrato, conforme preconizado no **art. 62, § 4º**, da lei 8.666/93” (g. n.)

87 É o caso por exemplo da contratação de serviços de chaveiro, em que a prestação do serviço é pontual e totalmente finalizada a cada intervenção do contratado.

88 É importante mencionar que em sua nova obra sobre a Lei 14.133/21, Marçal Justen Filho traz a seguinte exposição quando comenta o artigo 95, inciso II: “O dispositivo evidencia que, independentemente do valor da contratação, o instrumento contratual completo deve ser adotado quando o contratado não se liberar de suas obrigações mediante a pura e simples entrega do bem **ou serviço pertinente**.” (g. n.). *Op cit.* pág. 1253

6 CONCLUSÃO

É inegável a impressão de eficiência que uma contratação em Registro de Preços gera em quem minimamente acompanha o dia a dia de um órgão ou entidade da Administração Pública. A possibilidade de se proceder a contratação, por determinado período, de itens com preços registrados, sem necessidade de realizar licitações periódicas, conforme a necessidade da Administração e acompanhando-se a qualidade do que se contrata, é uma virtude muito forte desse modelo.

Instrumentos que tencionem a favorecer essa propalada eficiência sempre são bem-vindos e devem ser estimulados no panorama das contratações públicas; pois reduzem as intercorrências na contratação, diminuem espaços e burocracias e conseqüentemente os custos de transação, na relação entre a Administração e seus fornecedores.

As normas de licitação sempre tiveram essa preocupação – pelo menos no que tange a não exigência de utilização de “*instrumentos contratuais*” – seja nas contratações “*ordinárias*” ou em Registro de Preços. Desde o Decreto-Lei 2.300/86 até a nova Lei 14.133/21, tem-se dispositivos que tratam da não obrigatoriedade de documentos intitulados “*contratos*” naquelas contratações.

Invariavelmente, esta não obrigatoriedade sempre pendia entre contratações abaixo de determinado valor ou objetos com “*entrega imediata e integral*”, sem mais necessidade de intervenção do Fornecedor; reiterando a política legislativa de dispensar o instrumento em contratações com valores relativamente baixos, ou com entrega exauriente.

O panorama na Lei 8.666/93 era mais plácido em relação ao requisito valor. A redação do artigo 62 – fixando os valores nas modalidades tomada de preços e concorrência – trazia certa segurança a quem lidasse com as licitações, uma vez que os valores, mesmo na redação original da norma, eram relativamente vultosos. O mesmo não se pode dizer em relação a “*entrega imediata*”, que por conta de uma definição marcada no tempo em seu artigo 40, § 4º, desestimulou

muito a não utilização do instrumento contratual pelas Administrações com base nesse motivo.

Já a Lei 14.133/21, ao retirar das modalidades de licitação o componente valor, para estipular a não obrigatoriedade de “*termo contratual*” teve a infeliz escolha de se prender ao dispositivo de dispensa de licitação. Como estas dispensas, invariavelmente, são desestimuladas, suas cifras geralmente são menores, razão pela qual agora a possibilidade de não obrigatoriedade de “*termo contratual*” – em relação a valor – pela Nova Lei tem montantes menores do que havia na Lei 8.666/93.

Quanto a “*entrega imediata*”, a Nova Lei (14.133/21) aparentemente traz mais segurança para sua utilização, uma vez que a melhor definição do que seja este instituto pelo artigo 6º, inciso X – consignando que o prazo se dará a partir do pedido de fornecimento – ao que tudo indica poderá trazer mais facilidade à sua aplicação.

Ainda, mesmo que alguns problemas de definição da Lei 8.666/93 ainda possam persistir na Lei 14.133/21, tais como os termos “*assistência técnica*” e/ou “*garantia*”, o fato é que avaliar sempre a necessidade de intervenção do Fornecedor após a entrega do produto pode ser o sinal que falta para a necessidade de um documento intitulado “*contrato*”, naquela contratação.

O Registro de Preços, por ter esta característica de ser um modo de contratação “*dual*”, ganha muito em eficiência e simplificação ao utilizar-se dos instrumentos mais céleres, expeditos e naturalmente utilizados para outras funções pela própria Administração.

Em que pese se veja claramente uma evolução no que tange a “*entrega imediata*” por parte da Nova Lei de Licitações, muito por conta da definição do termo de início da contagem do prazo, a relativa insegurança em relação as expressões “*assistência técnica*” e/ou “*garantia*” – muito por conta da posição do TCU citada ser relativamente recente – e; principalmente o retrocesso em relação aos valores que permitem desobrigar-se de elaborar um “*termo de contrato*” em um Registro de Preços, não nos permite dizer, com conforto, que houve avanço significativo por parte da Lei 14.133/21 nesse tema.

Existem outros montantes na própria Lei 14.133/21 que poderiam ter sido utilizados como parâmetro de valor para essa não obrigatoriedade, mas a escolha do valor lastreado na dispensa de licitação – como política legislativa – não parece ter sido a melhor solução para uma legislação que tencionava evoluir do ponto que a Lei 8.666/93 estava.

Utilizar-se de meios mais eficazes, menos burocráticos e seguros do ponto de vista jurídico, é fomentar a diminuição dos custos de transação nas contratações e, conseqüentemente, buscar uma das facetas da tão falada eficiência na Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços: comentários ao decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, alterado pelo decreto nº 8.250, de 23 de maio de 2014*. 4ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, P. 719.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, P. 1.823.

LEÃO, Eliana Goulart. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações*. Campinas: Bookseller, 1996.

REIS, Paulo Sergio de Monteiro. *Sistema de Registro de preços: uma forma inteligente de contratar – Teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro:2006.

GIRO PARADIGMÁTICO DO CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA SOB A PERSPECTIVA DA EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Elke Andrade Soares de Moura⁸⁹

I INTRODUÇÃO

Controlar é função indispensável ao exercício do poder (que extrai da lei os limites de sua atuação), motivo pelo qual tem sido objeto de estudo em diversos campos da ciência, como a Filosofia, a Política, o Direito, e, em geral, em todos aqueles que se ocupam da investigação do comportamento humano. A diferença contemporânea entre as autocracias e os regimes pluralistas ou democráticos de governo consiste, basicamente, na ideia de limitação do exercício do poder e seu respectivo controle, assegurado por uma plêiade de mecanismos como separação de Poderes, regime pluripartidário, segregação de funções intra e interinstitucional, mormente entre aquelas às quais a função de controle foi confiada.

A Administração Pública no Brasil e no mundo vem passando por transformações no seu modo de existir e de operar, fruto das mudanças de paradigma sobre a melhor forma de gestão decorrentes das modificações operadas na relação existente entre Estado e sociedade. Na medida em que a estruturação e a operacionalização da Administração Pública se alteram, deixando para trás a visão patrimonialista, para dar lugar à administração burocrática, incorporando paulatinamente o viés gerencial até o amadurecimento de uma gestão democrática dos dias de hoje, emerge a necessidade de se instituir diferentes métodos de controle, para fazer frente às

89 Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Pós-Graduada em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais - MPC/MG.

novas e complexas demandas, que extrapolam a verificação da mera conformidade (o que se convencionou chamar “controle formal”) e passam a alcançar aspectos de desempenho, compreendendo a aferição de eficiência, eficácia, economicidade e efetividade. Não se pretende dizer com isso que tais mecanismos de fiscalização se sucedam, ou que não seja o controle de conformidade relevante, mas, sim, que todos eles, sejam os de cunho formal ou finalístico, devem ser vistos como equiprimordiais e complementares, para que, de fato, o controle possa cumprir o seu desiderato.

Não se pode desconhecer que as salvaguardas constitucionais, por melhor projetadas que sejam, não garantem, por si só, a efetividade do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais dos cidadãos nele assentados. Mister que o exercício do adequado controle da gestão pública seja diário, empreendido não apenas pelas instituições oficiais incumbidas de tal atribuição, mas por toda a sociedade, buscando verificar se a ação administrativa está sendo desenvolvida rumo ao cumprimento da sua finalidade última – a satisfação do interesse coletivo.

A eficácia normativa de qualquer Constituição dependerá, assim, da atuação das instituições e da postura dos cidadãos, cientes que precisam estar de que são corresponsáveis pelo seu próprio destino. Corolário da soberania popular, ou seja, do reconhecimento da titularidade do poder reservada ao povo, evidente se torna a legitimidade dos cidadãos para se inserir nos processos de controle do exercício do poder instituído. Afinal, a administração pública, incumbida de gerir a “coisa pública”, acha-se obrigada a, única e exclusivamente, direcionar as suas ações, frise-se, para a ultimação do interesse coletivo, fim último que deve perseguir. Em outras palavras, o controle, essencial à democracia, tem por escopo central a verificação da fidedignidade entre a prática administrativa retratada na realização de políticas públicas e a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A partir dessa compreensão, ao desenvolver a fiscalização o agente controlador precisa romper a cápsula da legalidade estrita

em que estão previstas as balizas para a conduta do administrador e alcançar uma avaliação que considere a observância de princípios outros, da mesma estatura e relevância, *v. g.* economicidade, eficiência, moralidade e legitimidade. Somente dessa forma se poderá verificar se o interesse público foi efetivamente atingido, ou seja, se direitos como educação, saúde, segurança, dentre outros foram, de fato, garantidos, ou se apenas aspectos formais e quantitativos da aplicação de recursos públicos nesses segmentos foram atendidos.

Mensurar aspectos qualitativos junto à aferição de conformidade da gestão pública não é tarefa simples. Ao contrário, demanda a incursão em diversas áreas do conhecimento e a avaliação conjugada de aspectos fáticos compreendidos na realidade de cada ato de gestão analisado. Nesse cenário de alta complexidade, não apenas a constituição de equipes multidisciplinares para o exercício do controle faz-se necessária como, também, o uso de ferramentas da tecnologia da informação que viabilizem a realização de análises simultâneas de milhares de dados em curto espaço de tempo, o respectivo tratamento e a extração de achados preliminares a partir do uso da inteligência artificial, para nortear os trabalhos apuratórios.

Sabemos que a democracia, enquanto governo do povo, por meio de representantes eleitos; pelo povo, através de sua inserção direta nos mais diversos processos de tomada de decisão governamental; e para o povo, voltado para a satisfação das necessidades e interesses coletivos; é um processo construído em etapas, em busca do seu permanente e necessário aprimoramento, e que é passada a hora de se avançar na exata compreensão das intenções constituintes assentadas em nossa Lei Maior com a previsão de diversas instâncias de controle da gestão pública: controle externo, controle interno e controle popular. Evidente que com esse arranjo sistêmico e integrado, composto pela ação de vários agentes, e com os poderes e instrumentos previstos para permitir a ampliação do espectro do controle operado, pretendeu o constituinte, em consonância com o nível de amadurecimento democrático evidenciado em todo o texto da nossa Constituição cidadã de 1988, que a fiscalização da administração pública transcendesse as

raias da legalidade, tomada em seu sentido estrito. Almejou, outrossim, que o controle fosse capaz de aferir se e em que medida a atuação dos governantes está resultando na garantia de direitos fundamentais, indispensáveis para se conferir uma vida digna a todos.

O novo paradigma para o exercício do controle, na atualidade, requer, portanto, seja explorada toda a sua potencialidade funcional, a qual exorbita os limites não mais satisfatórios do cumprimento apenas da legalidade estrita e insere a exigência de uma avaliação mais alargada que compreende aspectos de economicidade, eficiência, moralidade e legitimidade, sendo capaz, nessa medida, de ser um vetor de transformação da realidade social, contribuindo para maior efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, bem como para fortalecer o nosso processo democrático em constante (re)construção.

II PERSPECTIVAS DE EFETIVIDADE DO CONTROLE PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em tempos de crise de toda ordem, que assolam nosso país, sobretudo a crise fiscal, agravada pela crise de integridade, como evidenciam os índices alarmantes de corrupção em todos os níveis e esferas de governo, e, nos últimos tempos, também uma profunda e devastadora crise sanitária com reflexos econômicos, sociais e políticos, é preciso que as instituições de controle se reinventem para dar conta de lidar com desafios complexos; que explorem ao máximo toda a plêiade de atribuições que a lei lhes reservou para desempenhar, com exímio compromisso, seu papel de tutelar direitos fundamentais da sociedade. Servir ao público, especialmente quando a tarefa confiada diz respeito à aferição da regularidade da conduta administrativa por meio do adequado controle, exige o máximo esforço de quem se propôs a fazê-lo, pois que o resultado dessa ação será suportado por toda a coletividade.

No Estado Democrático de Direito, o controle da gestão pública deve se pautar, portanto, na exigência de políticas públicas legítimas,

isto é, que resultem na satisfação do interesse comum. Segundo Moreira Neto (2003, p. 67):

Nesse renovado quadro, a gestão fiscal pública se vai tornando, cada vez mais intensamente, a necessária, obrigatória e transparente expressão financeira de políticas públicas legítimas, portanto, consentidas e subsidiárias, que devem, por isso, prever riscos fiscais, e no desempenho das quais, os agentes políticos e administrativos devem atuar com qualidades de prudência, responsabilidade e responsividade, abrindo, em consequência, a todas as cortes de contas, amplas e fascinantes fronteiras nesse novo e delicado, mas superiormente concebido controle fiscal da legitimidade, assim inaugurado.

Dentro do arranjo sistêmico de controle previsto em nossa Constituição da República – CR/88, para o desempenho dessa relevante, porém difícil tarefa, foram previstas três modalidades de controle da gestão pública: controle externo, controle interno e controle social, popular ou democrático. O primeiro (controle externo), em sua acepção estrita, foi confiado ao Poder Legislativo (na qualidade de representante do povo), incumbindo-lhe o aspecto político do controle, visto que é quem aprova as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), cabendo-lhe, portanto, verificar o cumprimento das metas estabelecidas. Esse controle político, que avalia aspectos da macrogestão governamental, é exercido com o auxílio de um órgão técnico especializado, o Tribunal de Contas, consoante previsão conjugada dos artigos 70 e 71 da CR/88, *verbis*:

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.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

Junto ao Tribunal de Contas, e somando esforços para a ultimação do controle externo, funciona o Ministério Público de Contas, instituição também de gênese constitucional, prevista no art. 130 da CR/88, a quem compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, especialmente, na qualidade de ramo ministerial especializado, tutelar direitos fundamentais dos cidadãos mediante a fiscalização de matérias de índole financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial, ou, em outras palavras, zelar pelo escorreito manejo das finanças públicas, tanto no que afeta à arrecadação de receitas, quanto à realização de dispêndios. Na verdade, a função de *custos legis* de que se incumbem o *Parquet* especial ganhou novos contornos com a Constituição de 1988, adquirindo amplitude e ressignificado. O Ministério Público de Contas de outrora passa, com a normativa constitucional trazida pelo constituinte de 1988, à condição de guardião da sociedade (*custos societatis*), responsabilizando-se pela garantia de efetividade do ordenamento jurídico, notadamente no que afeta a direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, no exercício do seu múnus, além da função de *custos legis* exercida perante a Corte de Contas por meio da emissão de parecer nos processos que tramitam naquela Corte e da fiscalização do devido processo legal, compete ao *Parquet* especializado o desempenho de atividade finalística, operada de forma autônoma e independente do Tribunal de Contas, desenvolvida por meio de procedimentos investigatórios instaurados a partir de denúncias ou notícias de fato recebidas, visando combater a corrupção e garantir a

execução adequada de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais.

Além do controle externo estrito senso, foi prevista pelo constituinte outra modalidade de controle, que atua de forma independente, porém em apoio ao primeiro: o controle interno. Definido como aquele que é exercido pelo próprio Poder, órgão ou entidade, utilizando-se de sua estrutura (recursos humanos e materiais) para acompanhamento e fiscalização dos atos que realiza ou pretende realizar, essa forma de controle, além de nortear a conduta do gestor, mediante veto oportuno a condutas que estejam se desviando das trilhas da legalidade, constitui, ao mesmo tempo, um braço forte do controle externo.

Considerando o fato de possuir melhores condições para o acompanhamento quotidiano dos atos praticados, por estar próximo à realidade, o controlador interno deve fornecer elementos para a atuação precisa e em tempo real do controle externo. Vale salientar que a inobservância dessa obrigação resulta em consequências para o inadimplente, decorrentes da responsabilidade solidária que passa a assumir por força do disposto no § 1º do art. 74 da CR/88, *verbis*:

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.

§ 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. (grifos nossos)

Por último, mas não menos importante, previu o constituinte diversos instrumentos para exercício do controle social, denominado por alguns como controle popular ou controle democrático. Dentre eles, merece destaque a denúncia de ilegalidades ou irregularidades que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode apresentar perante os órgãos de controle externo, notadamente o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º, CR/88) e o Ministério Público de Contas. Reservou-se para essa modalidade de controle, precisamente pela sua relevância, abordagem destacada no tópico III dessa reflexão.

Para além das modalidades de controle estabelecidas, preocupou-se o constituinte de 1988 em minudenciar os aspectos que a fiscalização sobre a conduta do gestor público deve abranger, deixando patente a consideração de que, para o cumprimento dos propósitos democráticos, o controle precisa voltar sua atenção não apenas para a forma e condicionantes para a realização de cada ato, mas, precisamente, para os resultados das ações empreendidas, compreendendo a mensuração da efetividade das políticas públicas realizadas.

Nesse sentido foi o regramento estatuído nos artigos 70 e 74 da CR/88, *verbis*:

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.

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.

Somente a ação conjugada dessas modalidades de controle (controle externo, controle interno e controle social), abrangendo toda a extensão fiscalizatória que lhes foi reservada, e que compreende a verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade de cada ato de gestão avaliado, de modo a aferir aspectos quantitativos e qualitativos dos dispêndios, poderá resultar no alargamento da efetividade de direitos fundamentais dos cidadãos.

III CONTROLE SOCIAL E CIDADANIA

O reconhecimento, como direito fundamental, do direito de controlar foi consagrado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, em seu art. 15, dispôs que “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”. A previsão desse direito desde então tem como base outro direito, que o sustenta e lhe serve de fundamento, que é o direito a um governo honesto, que direcione sua atuação sempre à luz do princípio da finalidade pública.

A efetiva participação do cidadão no processo democrático de governo, não só por meio dos mecanismos de atuação direta, mas, sobretudo, por meio do controle da gestão pública, constitui fator determinante para a garantia de que a administração não se desvie de sua finalidade última - a realização do interesse coletivo. Democracia e cidadania, assim, são temas que não podem ser dissociados, devendo evoluir simultaneamente, pois um é condição de existência do outro. Quanto maior for a efetividade dada ao conjunto de atributos da cidadania, maior será o grau de conquista democrática. A garantia das condições processuais para o exercício pelos cidadãos de suas autonomias pública e privada, considerando-se a co-originalidade e a interdependência existente entre elas precisa estar na base das discussões.

A revolução tecnológica abriu portas para a ampliação dos espaços destinados ao exercício da cidadania ativa, inserindo o cidadão nos processos de controle da gestão pública, disponibilizando informações em tempo real e instrumentos para a provocação da atuação dos órgãos encarregados do controle, que precisam estar porosos às contribuições advindas da sociedade civil.

Nesse cenário, é inegável a relevância das leis introduzidas em nosso ordenamento jurídico que consagram regras de materialização do princípio da transparência (Lei Complementar n. 131/2009) e do direito de acesso à informação (Lei n. 12.527/2011). Isso porque não bastam instrumentos e espaços para o exercício do controle pelo cidadão, fazendo-se imprescindível dotá-lo do necessário conhecimento acerca da atividade administrativa.

O instrumento da denúncia constitui um dos mais importantes conectores entre a ação das instituições (Estado) e os cidadãos (sociedade), visto que permite a qualquer pessoa provocar o exercício do controle para adoção das providências legais cabíveis à prevenção ou reparação de danos. Ressalte-se que, no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, o manejo desse instrumento de provocação do controle pode dar-se de forma anônima, diferentemente

quando é utilizado perante o Tribunal de Contas, onde a identificação do denunciante é exigida.

O povo deve ser educado para a cidadania, tomando consciência de que seu destino e o das futuras gerações dependem também de sua atuação na vida política. A participação política é essencial ao processo educativo de todo ser humano, sem o que de nada adianta a disponibilização de instrumentos como meio de se resguardarem direitos fundamentais. Participação popular passa a ser a palavra-chave (mas uma participação consciente), incluídas aí tanto as formas de inserção nos processos de deliberação política, em que possa ser sustentada uma proposta de efetiva democratização, quanto as de controle das políticas implementadas.

O trabalho das instituições precisa ser permanentemente nutrido pela ação legítima do controle social para que alcance melhores resultados. Essa parceria entre instituições e sociedade civil para o controle da gestão pública e combate à corrupção - mal que se apresenta hoje nas mais variadas formas e que assola não só o Brasil, mas todo o mundo - ganhará corpo à medida em que se alcançar um maior nível de formação e informação dos cidadãos.

Não é demais frisar que a mera institucionalização de espaços e mecanismos para o exercício da cidadania - mais precisamente do controle social da administração pública - mostra-se insuficiente para garantir sua efetividade, a qual depende das relações entre Estado e sociedade, no interior das quais devem ser asseguradas, fundamentalmente, politização, qualificação e organização da sociedade civil.

Ao lado do controle externo e fornecendo subsídios para uma maior eficácia fiscalizatória, o controle social afigura-se como arma poderosa, que põe a sociedade na posse de si mesma, no efetivo exercício da soberania anulado pelo regime representativo, atuando como um corretivo necessário à representação política e contribuindo, de forma decisiva, para a concretização de direitos fundamentais formalmente consignados em nossa Constituição.

IV MECANISMOS DE INTELIGÊNCIA E INTERAÇÃO

A revolução tecnológica experimentada nos últimos anos tem oferecido recursos que possibilitam o máximo proveito dos instrumentos já inseridos no contexto fiscalizatório das instituições de controle, com o uso dos mecanismos de gestão do conhecimento, juntamente com as novas e avançadas ferramentas disponíveis no âmbito da tecnologia da informação. Descortinou, também, um cenário de possibilidades para inter-relações institucionais simultâneas e céleres, viabilizando o compartilhamento de bancos de dados, informações e expertises, de modo a se evitar o retrabalho, proporcionar a redução de dispêndio de recursos públicos e potencializar resultados.

O desenvolvimento de sistemas que permitem o cruzamento de informações dos mais diversos bancos de dados disponíveis, o uso da inteligência artificial para construção de matriz de risco, baseada em critérios de relevância, materialidade e risco, são ferramentas que agregam inteligência e integração aos processos fiscalizatórios e imprimem maior consistência aos parâmetros de seletividade e planejamento das ações de controle.

Diversas ferramentas de inteligência de última geração já demonstraram sua significativa capacidade de produzir conhecimento estratégico e o tratamento de dados de forma célere em sistema de *big data*, para a identificação de situações sensíveis no âmbito da aferição da responsabilidade fiscal, assim como para a avaliação de políticas públicas, subsidiando a tomada de decisões dos agentes de controle no tempo adequado, visto que permite não apenas o controle de gastos consumados, mas, também, e como é o ideal para se inibir que irregularidades e desvios sejam perpetrados, uma fiscalização prévia e concomitante da gestão dos recursos públicos.

O intercâmbio de informações e tecnologia entre instituições parceiras e a adequada gestão do conhecimento, mediante cruzamento de dados presentes em sistemas informacionais diversos, possibilita a institucionalização de uma política de fiscalização integrada,

conferindo maior precisão, economicidade e eficácia ao exercício do controle.

O redesenho do *modus operandi* das instituições incumbidas do controle da gestão pública prevê a inserção de novas práticas fiscalizatórias compartilhadas entre os diversos atores governamentais, contribuindo para a ampliação do espectro do controle, que passa a ser operacionalizado em rede, e viabilizando seja alcançada a avaliação de efetividade das ações implementadas.

Essa nova tendência fiscalizatória, que tem se expandido de forma rápida e significativa, evidencia um cenário promissor de fortalecimento das instituições de controle e, conseqüentemente, do papel que desempenham em prol da consolidação do nosso projeto democrático, em permanente (re)construção.

Em síntese, o que se observa hoje, na era digital, é que, para além do alargamento da abrangência do controle sobre o vasto universo a ser controlado, de maior celeridade das apurações e adoção das medidas corretivas e de responsabilização em tempo razoável, as barreiras institucionais foram rompidas, havendo maior transparência dos trabalhos e resultados produzidos, o que permite o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis por outras instituições, evitando o dispêndio desnecessário de recursos públicos e, o mais relevante, possibilita uma maior efetividade de direitos fundamentais, ainda tão distantes de significativa parcela da nossa sociedade.

V CONCLUSÃO

Dentro do sistema que se convencionou chamar *checks and balances*, já que todo poder tende ao abuso, a função de controle assume papel de destaque, sendo indispensável que instituições e sociedade civil empreendam todos os esforços na sua realização, visando à efetivação de direitos fundamentais, compreendidos enquanto densificação dos princípios da liberdade e da igualdade.

Nesses novos tempos, marcados pelo fenômeno da mundialização, das revoluções digital e das comunicações, a sociedade,

livre e pluralista, se deu conta de que deve ser a protagonista do jogo político e de que precisa assumir o seu controle. Precisamente em razão disso, passou a exigir das instituições estatais que cumpram as complexas funções que justificam sua inserção e permanência na organização do Estado como instrumento juspolítico, ou seja, de ser o guardião dos direitos fundamentais e da democracia.

Cientes do compromisso assumido em nossa Constituição cidadã, instituições oficiais de controle têm buscado imprimir novo significado aos procedimentos fiscalizatórios que realizam no cumprimento de suas funções, ampliando os aspectos aferidos, que ultrapassam as balizas da legalidade e alcançam a economicidade e a legitimidade dos gastos públicos.

Essa mudança de paradigma importa na compreensão emancipadora acerca da função de controle da gestão pública no seio do Estado Democrático de Direito, que assegure a efetivação de direitos fundamentais, tutelando a realização de políticas públicas legítimas, isto é, capazes de promover a concretização do interesse coletivo. Uma compreensão constitucionalmente adequada, capaz de romper as amarras construídas à luz de um paradigma há muito superado, centrado no positivismo ortodoxo, engessado em um sistema jurídico composto apenas por regras; que possa superar uma percepção que desconsidere a existência de princípios que, tal como as regras, também integram o ordenamento jurídico, servindo-lhe de fundamento, e cuja leitura conjugada permita que Estado e sociedade, em ação concatenada, se tornem protagonistas de transformações sociais e indução de boas práticas.

Agregando técnicas inovadoras que conciliam integração e inteligência para a otimização dos resultados que buscam alcançar, dentro de um agir célere e estratégico, conseguirão os órgãos de controle dar à sociedade o que ela espera, isto é, que sejam assegurados direitos fundamentais como saúde, educação e segurança, não apenas na letra fria de normas constitucionais e legais, ou simplesmente na realização de uma operação matemática em que se apure percentual mínimo de recursos aplicados em dado núcleo de despesas. O serviço

que a sociedade espera dos órgãos de controle das finanças públicas reside em tutelar o interesse público, somente resguardado se exigidos, para além da legalidade dos gastos, que sejam também realizados com economicidade e, especialmente, que sejam legítimos, ou seja, que promovam a satisfação do interesse público.

Na verdade, os problemas que precisamos enfrentar na atualidade são multidisciplinares, são problemas complexos e que dificilmente poderemos vencê-los sozinhos de forma exitosa. Desse modo, a busca de parcerias com outras instituições para a formação de redes de controle é essencial para que, somando esforços, expertises e competências, se possa potencializar as ações empreendidas e, assim, alcançar melhores resultados para a sociedade.

Essa nova postura dos órgãos de controle, para além de resultar no fortalecimento das instituições e, conseqüentemente, do processo democrático, pode contribuir decisivamente para nortear a ação do Estado, desde o momento do planejamento das políticas que precisa concretizar para a consecução do interesse público, até a sua fiel execução, possibilitando, assim, de modo mais efetivo, a implementação dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos cidadãos.

A missão do controle, pois, é das mais nobres, razão pela qual faz-se necessário a incessante busca pelo seu aprimoramento, instituindo novos mecanismos e unindo esforços, seja das instituições que oficialmente dele se encarregam, aí considerados os controles interno e externo, seja por parte dos cidadãos, vez que possuem maiores condições de acompanhar a prática administrativa, quotidianamente, na realidade em que vivem, podendo acionar os agentes de controle para uma pronta e eficaz atuação. Somente assim, numa ação de vigilância permanente, integrada e abrangente, as complexidades poderão ser vencidas, os riscos minimizados e o rol de direitos básicos, que foram conquistados e encontram-se consolidados na nossa Constituição, materialmente assegurados, cumprindo-se um dos compromissos centrais da República Federativa do Brasil, estabelecido no art. 1º, III, da CR/88: garantir a dignidade da pessoa humana!

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13.04.2022.

DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. Interesse Público. Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PORTO, Éderson D. A busca pela eficiência na fiscalização da gestão pública: A utilização de inteligência artificial para aperfeiçoamento do controle das finanças públicas. Revista de Direito da Empresa e dos Negócios v.1, n. 2, p. 4-31.2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/15725>. Acesso em 25.04.2022.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. 7. ed.rev.at.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

UTILIZAÇÃO ILEGAL DE RECEITAS PÚBLICAS NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PELOS MUNICÍPIOS NO BRASIL

Flávio de Azambuja Berti⁹⁰

Raphael Silva Rodrigues⁹¹

1 INTRODUÇÃO

Embora pareça lugar comum a afirmação de que os gastos públicos devem ser feitos com a devida adequação às prioridades e necessidades da sociedade nos mais diferentes âmbitos de governo bem como com o devido respeito à estrutura normativa vigente tanto sob os aspectos de forma como os de conteúdo, o assunto merece o devido destaque no que se refere à aquisição de medicamentos por Municípios, em especial devido às limitações de fontes financiadoras de recursos públicos e aos sucessivos casos de desvios e má-utilização decorrentes de práticas inválidas na medida em que ofensivas à ordem jurídica posta e às regras e princípios jurídicos⁹² (ÁVILA, 2003) insculpidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Neste sentido, atentando para as fontes de recursos disponíveis aos governos locais e às amarras previstas no sistema jurídico sem perder o foco também sobre a necessidade de racionalização da gestão,

90 Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Teoria do Direito pela UFSC. Procurador do Ministério Público de Contas do Paraná. Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Positivo. Membro do Conselho Editorial da Revista Raízes Jurídicas. Coordenador da Pós-graduação “lato sensu” em Direito Tributário e Processo Tributário da Universidade Positivo. Têm diversas obras e artigos publicados, dentre os quais “Direito Tributário e Princípio Federativo” pela Editora Quartier Latin, “Pedágio: natureza jurídica”, 3ª ed. pela Editora Juruá, “Impostos: extrafiscalidade e não-confisco”, 3ª ed. pela Editora Juruá e “Federalismo fiscal e defesa dos direitos dos contribuintes” pela Editora Bookseller.

91 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Professor Universitário (Mestrado, MBA/Especialização e Graduação). Membro integrante de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos. Autor e coautor de livros, capítulos de livros e artigos de revistas científicas. Advogado e Consultor Jurídico.

92 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

toma-se como parâmetro para as considerações que se seguem trabalho exaustivo levado a efeito pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná que ao cruzar dados divulgados pelos próprios Municípios em seus portais da transparência com aqueles disponibilizados por órgãos de controle, em particular o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, e bases de dados sobre preços praticados regularmente no mercado de vendas de medicamentos. Isto considerado, a análise jus-científica pretendida tem por escopo apontar irregularidades que vêm sendo repetidas no dia a dia da gestão pública municipal com prejuízos diretos à sociedade e sobre preços injustificáveis quer sob a perspectiva jurídica quer sob a simples e rasa comparação econômico-financeira.

Embora o apelo pragmático do tema seja inquestionável, é possível embasar as conclusões e as sugestões que aparecem ao final do presente artigo sob a perspectiva científica em face dos juízos decorrentes de uma ponderação normativa exaustiva à luz dos preceitos jurídicos presentes inclusive na lei fundamental da pirâmide normativa do Brasil. É o que se pretende.

2 RECEITAS PÚBLICAS MUNICIPAIS

As fontes de financiamento de despesas públicas são fundamentais num Estado de Direito embasado que estão sobre uma Constituição estruturadora de direitos fundamentais⁹³ (CADEMARTORI, 1999) em favor do cidadão e do arcabouço jurídico-político em que se assentam o conjunto de órgãos e instituições responsáveis por atender às expectativas da sociedade e atender aos interesses de seus integrantes, respondendo às demandas por necessidades públicas nas mais diferentes áreas tais a saúde, a educação, a assistência social, a segurança e a justiça. Neste contexto, por certo só é possível prestar serviços públicos bem como edificar as obras de estrutura necessárias

93 CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

para a realização deles se houver recursos disponíveis. Ato contínuo, surge o questionamento segundo o qual deve-se identificar de onde eles proveem.

Pois bem, o direito financeiro e a ciência das finanças⁹⁴ (ROSA JR., 2000) ensinam que em princípio os recursos públicos podem ser obtidos através de dois tipos de receitas: as originárias e as derivadas. Aquelas decorrem da utilização do próprio patrimônio da Administração como fonte geradora seja através da venda ou locação de bens públicos seja através da exploração de atividade econômica mediante por exemplo a criação de uma empresa estatal cujo objetivo ainda que secundário será a arrecadação de recursos. Já as receitas derivadas são aquelas que encontram espelho na arrecadação de recursos junto aos particulares sem que para tanto o Estado precise dispor de seu patrimônio ou proceder a grandes parcelas de investimento como por exemplo na capitalização de uma empresa pública⁹⁵ (ATALIBA, 1968). Tais receitas por sua vez podem ter um viés punitivo a serem obtidas mediante a imposição de sanção pecuniária com vistas a punir a prática de um ato ilegal do particular; de outro lado há as receitas não-punitivas representadas que são pelos tributos, arrecadados junto aos particulares mesmo diante da prática por estes de atos absolutamente legais tais como a obtenção de renda, a venda de produtos, a prestação de serviços ou a realização de operação de natureza financeira.

Fato é que concentrando a atenção nas fontes de recursos em favor dos Municípios, extrai-se diretamente da Constituição Federal⁹⁶ (CHIESA, 2002) o rol de competências e conseqüentemente de possibilidades de obtenção de receitas por estes. Neste sentido aparecem de um lado os tributos municipais tais as taxas e contribuições de melhoria de um lado e os impostos de sua competência privativa de

94 ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Renovar, 14^a ed, 2000.

95 ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

96 CHIESA, Clélio. **A competência tributária no Estado brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

outro. Aquelas com vinculação absoluta para sua aplicação na medida em que instituída uma taxa por um Município, os recursos daí advindos somente poderão ser aplicados no financiamento de um serviço público prestado ou colocado à disposição dos contribuintes ou ainda de uma atividade fiscalizatória exercida sobre os mesmos enquanto as contribuições de melhoria terão sua receita bloqueada para aplicação exclusiva no financiamento de obras públicas que justificaram sua cobrança. De outro lado, os impostos municipais possibilitarão um espectro mais amplo para uso em gastos públicos, dado o caráter não-vinculado de suas receitas consoante a doutrina do direito tributário⁹⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2006). Portanto, será a partir da arrecadação de impostos que o Município encontrará meios de financiar a folha de pagamento do funcionalismo, contratar a aquisição de serviços através de licitações, custear despesas correntes e de capital das mais variadas espécies e financiar a compra de medicamentos para atendimento à população nos postos e unidades de saúde locais.

Para além das receitas tributárias consistentes naquelas decorrentes da arrecadação de impostos e demais tributos nos termos do que já expressei, há que se lembrar das múltiplas formas de financiamento de gastos públicos a partir inclusive da classificação decorrente da antiga “lei de contabilidade pública”, a lei federal 4.320/64 segundo a qual uma primeira classificação das receitas públicas leva em consideração sua utilização quanto ao destino que se faz das mesmas em referência às espécies de despesas públicas que por elas serão custeadas. Tomando como referencial o que consta de mencionada lei quando uma receita estatal for utilizada para financiar despesas correntes, vale dizer, despesas usuais e comuns cujo início e término se dão no mesmo exercício financeiro, a receita poderá ser chamada de corrente, ainda que atualmente não mais isto esteja expresso no texto da Lei de Contabilidade Pública. *Contrario sensu*, serão receitas de capital quando seu saldo for utilizado total ou parcialmente para financiar despesas de capital ou seja, aquelas

97 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Contribuições e federalismo**. São Paulo: Dialética, 2005.

que se classifiquem nos termos da lei como investimentos públicos, inversões financeiras ou transferências de capital, tal qual é o caso de despesas com obras públicas, inclusive seus projetos.

Não se desconsidere também a diferenciação entre receitas ordinárias e extraordinárias a partir do que é possível pensar-se em receitas usuais e corriqueiras que normalmente abastecem o caixa da Administração com saldos e recursos para o custeio de suas despesas dentro de um fluxo financeiro regular. Trata-se de receitas por assim dizer “normais” do Poder Público chamadas aqui para fins didáticos de ordinárias, justamente em razão deste seu caráter de regularidade, de normalidade, em absoluto compasso com o funcionamento da estrutura administrativa do Estado. Entram aqui as receitas decorrentes da arrecadação de impostos, taxas e contribuições, independentemente da vinculação prévia ou não do seu produto em finalidade específica pela lei instituidora do tributo respectivo diante do qual se esteja⁹⁸.

Ora, como regularmente a Administração Pública lança e arrecada os tributos de sua competência, inexistente qualquer caráter de especialidade quanto às receitas tributárias daí decorrentes. Natural que havendo competência constitucional⁹⁹ outorgada ao Ente político, o exercício dela se dá por atividade legislativa própria mediante aprovação da lei instituidora do tributo, a qual conterà os elementos próprios definidores de sua hipótese de incidência. Já as receitas extraordinárias possuem como característica primordial a circunstância de serem oriundas de fatos não tão corriqueiros sob o viés do fluxo de caixa da Administração, no sentido de que sim, decorrem de situações absolutamente legais e com embasamento jurídico mais do que suficiente para a consideração de sua validade jurídica, mas que são decorrência da promoção de atos que embora possam acontecer de modo normal e até repetir-se ao longo de um

98 ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros. 5ª ed. 1999.

99 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

determinado período de tempo, consideram-se extraordinários na medida em que descolam-se de uma atividade regular e permanente da Administração.

Pense-se na obtenção de receita decorrente da privatização de determinada empresa estatal. É algo normal que depende de decisão política consubstanciada em planejamento e devida justificativa, a qual sujeita-se à aprovação do Poder Legislativo expressa mediante a aprovação de uma lei específica que ao autorizar tal privatização definirá seus contornos como forma e prazo em que deverá ocorrer, valores mínimos à luz dos ativos da companhia, eventual valor de desconto máximo parametrizado em consideração à realidade do mercado com a possibilidade de amarração da aplicação de parte do que vier a ser arrecadado, ou mesmo da integralidade dos valores, em determinado programa de ação governamental, não sendo incomuns programas de privatizações que sejam justificados ou legitimados à luz de determinadas políticas públicas com finalidades específicas e no mais das vezes incluídas nas justificativas dos projetos de lei que instrumentalizam o ato de privatização. Trata-se aqui para além de receitas extraordinárias, de receitas também ditas patrimoniais conforme alinhamento do direito financeiro dado que integram-se ainda que de modo extraordinário para auxiliar no financiamento de gastos e investimentos públicos, pelo que contabilmente falando sim, consistem em receitas públicas. Entretanto há outros exemplos até de mais fácil concretização e por isto mesmo de ocorrência notada mais vezes em todas as esferas de Poder, assim a federal, a estadual e a municipal. Lembre-se do exemplo bastante ilustrativo em que determinado órgão público acaba sendo extinto e deixando de existir na estrutura orgânica da Administração.

O exemplo ganha cores com eventual reestruturação administrativa que culmina com a extinção de uma ou mais secretarias municipais a fim de enxugar a máquina e gerar ao mesmo tempo mais racionalidade e mais economia dentro da gestão financeira de um determinado Município. Os servidores efetivos até então ali lotados são transferidos para outros órgãos da estrutura administrativa, parte

dos comissionados é exonerada e seus respectivos cargos extintos e o espaço físico ocupado pelos mesmos nas antigas secretarias torna-se ocioso, pelo que a Administração decide vender alguns destes imóveis e locar outros. O resultado é que haverá uma entrada de fluxo de dinheiro nos cofres do Município¹⁰⁰ com a alienação de alguns imóveis e com a locação dos outros, todas estas receitas públicas extraordinárias patrimoniais, posto que sua origem decorre do uso e disposição de imóveis públicos conforme explicado¹⁰¹.

Sem a pretensão de esgotar o assunto há que se mencionar ainda a classificação que divide as receitas públicas em próprias e impróprias cujo parâmetro leva em consideração o fato de haver ou não uma origem de tais receitas em atividade dentro da competência legal e administrativa da própria Administração, o que parece de difícil compreensão num primeiro momento, mas que fica mais cristalino com um exemplo sucinto. Pense-se naquelas receitas tributárias e não-tributárias que abastecem de recursos os cofres públicos em face da atuação rotineira dos órgãos e entidades da Administração ao exercerem suas respectivas competências e atribuições legais. Assim, o Estado mediante sua estrutura arrecadatória e fiscalizatória autua contribuintes inadimplentes, inscreve os débitos destes em dívida ativa, homologa lançamentos feitos pelos próprios contribuintes em outros casos, lança outros créditos como o do imposto sobre a propriedade de veículos automotores encaminhando as cobranças para os domicílios dos contribuintes ou disponibilizando os respectivos boletos em ambiente digital etc. Em outras situações entidades estatais fiscalizam a atuação de empresas a fim de que sejam verificadas as conformidades diante de obrigações legais destas quanto à vigilância sanitária, respeito a normas ambientais etc. E em outra frente entidades estaduais responsáveis pela prestação de alguns serviços e emissão de determinados documentos demandados pelos particulares o fazem.

100 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

101 BERTI, Flávio de Azambuja. **Curso de direito financeiro e orçamentária**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

Em todos os três exemplos haverá recursos financeiros ingressando nos cofres do Estado em razão de atuação ordinária decorrente do cumprimento e exercício de competências legais e administrativas inerentes ao agir da Administração. Tais receitas serão chamadas nesta classificação de **receitas públicas próprias**. Todavia, há outras receitas que ingressam nos cofres deste mesmo Estado-membro ou de um Município e que não são oriundas de uma efetiva atuação de cada qual quanto ao desempenho de atividades inerentes às suas competências, entendido aqui o termo “competências” como deveres de agir em face de imposição legal expressa. Pense-se no exemplo das parcelas de receitas tributárias que recebem da União. Há disposições constitucionais¹⁰² literais que impõem à União o dever de entregar uma

102 “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, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

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.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

Art. 159. A União entregará:

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:

parcela do Imposto sobre a Renda – imposto de competência federal – a Estados e Municípios. Trata-se daquelas parcelas do IRPF retidas na fonte de servidores públicos estaduais e municipais em relação aos proventos que recebem. Neste caso, a Constituição de 1988 determina que a União entregue tais receitas ao Estado-membro e ao Município para quem trabalhem os servidores. Da mesma forma se dá quanto às receitas que compõem os fundos de participação no sentido de que uma parcela da arrecadação do imposto federal sobre produtos industrializados deve ser entregue a Estados e outra a Municípios; uma parcela do imposto estadual sobre a circulação de mercadorias deve ser entregue aos Municípios onde as mercadorias circulem e assim sucessivamente. É possível ainda lembrar das chamadas receitas decorrentes de transferências voluntárias oriundas do orçamento de outras entidades, de outro Ente público, por exemplo quando o Município recebe repasse de verba do Estado para financiar os custos de determinada finalidade pública, cuja competência para execução até é sua, mas cuja receita ingressante em seu caixa para dar conta da mesma provém do Tesouro do Estado-membro em cujo território esteja localizado o Município, ou até mesmo do Tesouro da União em razão de convênio, termo de cooperação técnico-financeira ou outro

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

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano

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. (...)”

instrumento jurídico que ampare o repasse. Como trata-se de receita que não fora arrecadada de modo próprio pelo Município, mas sim proveniente de acordo político voluntarioso no sentido de que obteve “ajuda financeira” de outro Ente, o que é legítimo dentro do chamado “espírito federativo”, não podendo tal forma de receita ser chamada de própria.

Especificamente no que toca às receitas tributárias e a teor do disposto no artigo 156 da Constituição Federal¹⁰³ (BRASIL, 1988) para fins de receitas municipais, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, o imposto incidente sobre a transmissão de bens imóveis entre pessoas vivas e o imposto sobre serviços de qualquer natureza, excluídos os serviços de comunicação e de transporte intermunicipal e interestadual de modo compõem o bolo de arrecadação tributária própria dos Municípios, pelo que a lei orçamentária do municipal identificará em cada ano aonde deverão ser aplicados os recursos arrecadados através destas três modelagens jurídico-tributárias, podendo inclusive separar em rubrica própria uma parte dos recursos para a aquisição de medicamentos.

Insista-se e não se desconsidere como já exposto exaustivamente acima que afora a receita tributária própria, há outras importantes fontes de recursos à disposição das Administrações municipais: as transferências obrigatórias a que fazem jus os Municípios através do chamado FPM – Fundo de Participação dos Municípios – integrado por repasses estaduais e municipais nos termos do que aparece objetivado nos artigos 158 e 159 da Constituição Federal¹⁰⁴ (BRASIL, 1988). Dado

103 Constituição Federal de 1988, “Art. 156: Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

104 “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, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do

que são transferências determinadas de modo cogente e fechado pelo texto constitucional, parte da doutrina¹⁰⁵ (BERTI, 2007) do direito tributário têm identificado em tais receitas parcela caracterizadora da própria autonomia financeira e orçamentária dos Municípios, o mesmo não se dando com um última forma de financiamento de gastos municipais, as chamadas transferências voluntárias, assim caracterizados os repasses feitos tanto pela União quanto pelo Estado a partir de convênios, ajustes, termos de cooperação técnica e financeira e outras modelagens jurídicas similares através das quais parcela de recursos federais e estaduais é entregue aos Municípios para aplicação em determinado programa ou finalidade específicos, definidos em instrumento jurídico próprio e com termos inicial e final previamente acordados a fim de que o resultado seja alcançado, sob pena de ser a municipalidade obrigada a devolver os recursos.

A diferença básica e fundamental em relação às transferências compulsórias dos artigos 158 e 159 da Constituição Federal reside no fato de que nem a União nem os Estados estão obrigados *a priori* a firmarem tais termos de convênio ou cooperação com os Municípios para respectivos repasses. Porém, a assinarem tais instrumentos

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: (Vide Emenda Constitucional nº 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 nº 84, de 2014) a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; (Vide Lei Complementar nº 62, de 1989) b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; (Vide Lei Complementar nº 62, de 1989) 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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano”;

105 BERTI, Flávio de Azambuja. **Direito tributário e princípio federativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

jurídicos obrigam-se a separar parcela de recursos previstos em rubrica específica de seus orçamentos e repassarem-nos aos beneficiários, devendo posteriormente cobrar e verificar a correta aplicação deles, inclusive com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo.

Particularmente em relação às despesas para compras de medicamentos, os Municípios contam com recursos próprios decorrentes da arrecadação de seus impostos consoante contas próprias identificadas em suas leis orçamentárias, repasses compulsórios federais e estaduais decorrentes dos artigos 158 e 159 da Constituição Federal através do sistema descentralizado chamado Sistema Único de Saúde, e de repasses especiais provenientes de transferências voluntárias para programas definidos em cada convênio ou termo de cooperação. É este arcabouço de recursos que consiste na gama de dinheiro público a ser utilizado pelo Município através de procedimentos formais próprios com vistas à manutenção dos estoques dos postos de saúde e unidades de atendimento em âmbito local.

3 PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS POR ENTES PÚBLICOS

À luz das ideias de legalidade, economicidade e eficiência que norteiam a atuação da Administração Pública e que ganharam inclusive o *status* de princípios constitucionais, a aquisição de medicamentos pelos Entes públicos deve respeitar um ritual próprio cujo escopo é a garantia da segurança jurídica e do melhor uso dos recursos públicos. Neste sentido e seguindo a doutrina¹⁰⁶ (OLIVEIRA, 2014) do direito financeiro embasada que está na normatização sobre finanças e contabilidade pública, a realização de despesas públicas sujeita-se a um procedimento próprio ao qual atribui-se a denominação de ciclo orçamentário, de modo tal que a condição inicial para que

106 OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

seja gasto qualquer valor a título de receita pública é a existência de dotação orçamentária própria, assim entendida a previsão de uma conta específica na lei orçamentária anual chamada de “rubrica”, a qual deve conter saldo financeiro em valor suficiente para o gasto que se pretende realizar. Presente tal requisito, a realização da despesa impõe como regra geral a realização de procedimento licitatório para a escolha do particular contratado que fornecerá o bem – por exemplo os medicamentos que o Município pretende comprar – ou o serviço embora haja exceções em número muito além do razoável à vista de uma análise mais crítica sob o ponto de vista da ciência¹⁰⁷ (MELLO, 2001).

De fato, em havendo previsão expressa na Constituição Federal sobre a necessidade de licitação para escolha do particular que fornecerá para a Administração salvo hipóteses excepcionais contempladas na normatização infraconstitucional, esta ao estabelecer casos de inexigibilidade e de dispensa com repetidas alterações aprovadas pelo Legislativo a partir de provocações do Poder Executivo, muitas das quais originadas em medidas provisórias, que implicam na coexistência de dezenas de casos em que poderá ser dispensado o procedimento licitatório, implica em verdadeira quebra da regra de licitação obrigatória. Muitas situações casuísticas resultaram em hipóteses novas de dispensa de licitação, tais como aquelas decorrentes de estímulos à contratação para realização de grandes obras e equipamentos públicos para eventos desportivos como as Olimpíadas, a compra de produtos, inclusive medicamentos, junto a empresas locais de pequeno porte, gastos relativos à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais¹⁰⁸ (BRASIL, 2017) o que, tudo somado, implica na desconsideração da regra-geral.

Por certo há muitas situações que justificam a dispensa de licitação. Há outras que impõem a sua inexigibilidade, diferentes que

107 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

108 Lei Federal n. 13500/2017 de 26 out. 2017 publicada no Diário Oficial da União de 26 out. 2017, resultante da aprovação da Medida Provisória 781/2017.

são nos termos do que bem explica a ciência do direito administrativo¹⁰⁹ (FIGUEIREDO, 2008). Não se desconsiderem também os gastos absolutamente incompatíveis com o sistema de licitações tais como aqueles relativos à quitação de precatórios requisitórios, as despesas com a folha de pagamento do funcionalismo público bem como os gastos com os regimes de previdência seja o próprio dos servidores seja o regime geral, este gerido pela União através de autarquia nos termos da lei federal 8.212/91¹¹⁰ (BRASIL, 1991).

A análise em questão dá conta de dimensionar sob uma visão crítica o transbordamento das hipóteses de exceção relativas à chamada dispensa de licitação ou seja, situações nas quais seria possível licitar dada uma pluralidade de potenciais interessados em contratar com a Administração, mas que em face de um juízo de conveniência e oportunidade por parte da contratante e desde que baseada em autorização legislativa expressa, não se escolhe a via da licitação a fim de ganhar-se tempo e racionalidade no processo de compra. Se isto é verdade, um juízo crítico a respeito de eventuais outras ordens de prejuízo resultantes de tal escolha não pode ser deixadas de lado, porquanto em valendo como norma geral principiológica a necessidade de licitar compras de bens e serviços, salvo casos de exceção contemplados de modo expresso pela legislação infraconstitucional, não é adequado outorgar-se ao legislador ampla margem de escolha para criar dezenas de hipóteses de dispensa. Mais que isto, também não é adequado aceitar que o Poder Executivo federal através de reiteradas medidas provisórias estenda tal rol, já amplo, da regulamentação infraconstitucional, chegando a impor casuisticamente mais e mais casos de exceção, infirmando-se desta forma a regra geral de licitações.

A fase seguinte ao procedimento licitatório – ou dispensa de licitação nos casos autorizados em lei – refere-se à emissão do

109 FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

110 Lei Federal n. 8.212/91 de 24 jul. 1991, publicada no Diário Oficial da União de 24 jul. 1991.

empenho e respectiva liquidação¹¹¹ (BRASIL, 1964) em que registra-se e confere-se quem é o beneficiário do pagamento da despesa, o valor da mesma, a baixa do valor respectivo do saldo da dotação orçamentária, a referência ao procedimento de licitação e/ou dispensa ou inexigibilidade da mesma bem como a data de vencimento definida no contrato de fornecimento, informações indispensáveis para a formalização da despesa consoante reafirmado pela doutrina do direito financeiro¹¹² (MOTTA; FERNANDES, 2001). É o empenho que formaliza de fato a autorização para realização do gasto consistindo em requisito fundamental sem o qual inexistente possibilidade jurídica de efetuar-se qualquer pagamento pela Administração.

Empenhada e liquidada a despesa, emite-se a ordem de pagamento mediante um processo prévio de conferência, amarração e referenciamento entre o empenho, a liquidação e a disponibilidade financeira a ser utilizada com vistas à quitação da dívida, de modo tal que desta forma estará concluído o ciclo de fases necessárias do procedimento de realização de despesa pública.

Focando na compra de medicamentos e de acordo com o marco legal resumidamente apresentado acima, é possível afirmar que tais aquisições devem em regra ser feitas pelos Municípios através de procedimento licitatório idôneo e assentado em absoluta vinculação aos termos do estatuto jurídico das contratações públicas¹¹³(BRASIL, 1993). Em havendo base legal, será autorizado processo de dispensa de licitação conforme a mencionada lei, por exemplo para compras de baixo valor ou junto a pequenos fornecedores locais constituídos sob a modelagem jurídica de microempresa ou empresa de pequeno porte como são exemplos farmácias locais nas hipóteses em que seja mais vantajosa a compra junto às mesmas em detrimento de laboratórios e distribuidores de medicamentos. Eventualmente, pode surgir a

111 Lei Federal n. 4320/64 de 17 mar. 1964, publicada no Diário Oficial da União de 17 mar. 1964.

112 MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade fiscal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

113 LEI FEDERAL n. 8.666/93 de 21 jun. 1993, publicada no Diário Oficial da União de 21 jun. 1994.

necessidade de compra através de inexigibilidade de licitação, tudo devidamente formalizado através de procedimento administrativo próprio.

Embora aparentemente simples, a verdade é que quer por conta do excesso de minúcias da legislação própria dos contratos e licitações, quer em face de instrumentos e medidas obscuras quer ainda em razão de vícios mais aparentes com repercussão em prejuízos inclusive de natureza financeira, muitas irregularidades têm ocorrido nas mencionadas compras de medicamentos feitas pelas Administrações municipais, o que ficou evidenciado em cruzamentos de dados e mapas comparativos produzidos pelo Ministério Público de Contas do Paraná, cuja análise sob o enfoque jus-científico pretende-se apresentar a seguir.

4 IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS EM PROCESSOS DE COMPRAS POR MUNICÍPIOS NO ESTADO DO PARANÁ

4.1 DELIMITAÇÃO DO PROJETO LEVADO A EFEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Com vistas a delimitar o escopo das considerações que seguir-se-ão e dadas as considerações anteriores sobre as modelagens jurídicas passíveis de serem utilizadas para aquisição de medicamentos por parte das Administrações municipais, toma-se como parâmetro levantamento de dados produzido pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná entre os meses de setembro de 2017 e meados de 2018 através de projeto de atuação especial do referido órgão de controle. Dadas as competências legais atribuídas à referida instituição e considerando os grandes volumes de recursos dispendidos pelos Municípios do Estado com a aquisição de remédios para disponibilização às populações locais nos diferentes postos de atendimento público tais como hospitais municipais e regionais, postos de saúde e vacinação, unidades de pronto atendimento etc,

bem como a representatividade de tais compras em face dos vultuosos orçamentos destinados à saúde – lembre-se que por disposição constitucional expressa¹¹⁴ (BRASIL, 1988) devidamente regulamentada em lei¹¹⁵ (BRASIL, 2012), os Municípios brasileiros são obrigados a investir percentual mínimo de suas receitas orçamentárias em saúde – o Ministério Público de Contas do Paraná houve por bem criar instituir grupo de trabalho para mapear tais compras.

O projeto cujos dados são objeto de consideração no presente artigo foram obtidos a partir de uma parametrização inicial segundo a qual buscou-se levantar a situação em todos os Municípios paranaenses com população superior a trinta mil habitantes¹¹⁶ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) e que por via de consequência implicam numa representatividade absoluta de recursos financeiros maior. Tal escopo resultou na captura, processamento e cruzamento de dados de cinquenta e dois Municípios, utilizando-se como fontes para obtenção dos mesmos inicialmente os portais da transparência dos próprios Municípios, os quais por força da lei de acesso à informação¹¹⁷ (BRASIL, 2011) devem franquear amplo acesso de seus dados, atos, contratos, beneficiários de recursos etc com vistas a um controle social mais efetivo. Dada a incompletude de dados em muitos destes portais, a falta de transparência de outros tantos e a desatenção das Administrações locais em atenderem às demandas decorrentes do projeto de atuação especial mencionado, buscaram-se também informações na base de dados do Tribunal de Contas do Estado através do chamado “Portal de Informações para Todos – PIT”, buscando-se via planilhas eletrônicas a emissão de todas as notas de empenho de cada um dos Municípios incluídos no escopo a fim de

114 Constituição Federal de 1988, artigo 198, §2º, III, promulgada em 05 out. 1988, artigo alterado pela Emenda Constitucional 29/2000 promulgada em 13 set. 2000 e publicada no Diário Oficial da União em 13 set. 2000.

115 Lei Complementar Federal 141 de 13 jan. 2012, publicada no Diário Oficial da União em 13 jan. 2012.

116 Ministério Público de Contas do Paraná. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>>. Acesso em 25 mar. 2018.

117 Lei Federal n. 12.527 de 18 nov. 2011, publicada no Diário Oficial da União de 18 nov. 2011.

verificar-se pelo objeto descrito no empenho, quais aqueles relativos à compras de medicamentos, identificando-se a partir daí os respectivos beneficiários, valores e vínculo com o procedimento administrativo (licitação, dispensa ou inexigibilidade) num trabalho de inteligência investigativa.

A complementação da coleta de dados deu-se através de aproximação aos Observatórios Sociais, entidades associativas sem fins lucrativas existentes em muitos Municípios, inclusive daqueles incluídos no escopo do projeto, que têm por função primordial acompanhar, verificar e fiscalizar as Administrações locais, identificando falhas e irregularidades e solicitando as devidas correções. A título de base para cruzamento e comparação analítica, particularmente no que se refere aos preços de aquisição dos medicamentos, foram utilizadas comparações com o BPS – Banco de Preços do Ministério da Saúde –, com o site Comprasnet¹¹⁸ (COMPRAS GOVERNAMENTAIS, 2017) e com o Consórcio Paraná Saúde¹¹⁹ (CONSÓRCIO PARANÁ SAÚDE, 2017), instituído para centralizar, otimizar e racionalizar as compras de medicamentos feitas pelo Governo do Estado do Paraná, sem desconsiderar as análises e cruzamento de informações entre os quadros societários das empresas fornecedoras de medicamentos de cada um dos cinquenta e dois Municípios incluídos no escopo do trabalho e o quadro de pessoal de cada Administração.

4.2 IDENTIFICAÇÃO DAS IRREGULARIDADES

A partir da conclusão do trabalho levado a efeito pelo Ministério Público de Contas do Paraná nos termos do que foi retratado acima, é possível estabelecer um quadro de práticas indevidas e inconsistentes quer sob a perspectiva do direito posto quer sob a perspectiva da ciência

118COMPRASGOVERNAMENTAIS. Disponível em <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/comprasnet-siasg>> Acesso em 20 out. 2017;

119CONSÓRCIO PARANÁ SAÚDE. Disponível em <<http://www.consorcioparanasaude.com.br>> Acesso em 22 out. 2017.

do direito, dada a falta de fundamento de validade de tais práticas consistentes em atos viciados, procedimentos administrativos não motivados, ausência absoluta de transparência na divulgação de dados, ilegalidades de contratações e sobre preços em desconformidade com eventuais justificativas fáticas e jurídicas.

Uma situação que se repete em grande parte dos Municípios analisados pelo Ministério Público de Contas é a chamada **lista aberta** consistente na publicação de edital de licitação para aquisição de “todos” os medicamentos necessários à Secretaria de Saúde local, pelo que são listados centenas de itens em um mesmo edital com lote único, estabelecendo-se como critério para julgamento das propostas o menor preço global do lote. Como trata-se de lote único com um sem número de remédios, o levantamento ministerial¹²⁰ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) apontou desperdício de recursos públicos em montante que chegou a quarenta por cento do total gasto pelo(s) Município(s) responsável(is) por tal forma de compra se comparados com valores pelos quais poderiam ser adquiridos os mesmos medicamentos separados em três, quatro ou cinco lotes de compras, através de um mesmo edital com lotes diversos ou de editais diferentes nos termos do que expõe a doutrina administrativista¹²¹ (MEDAUAR, 2009). Observe-se que ainda quando se trata de municipalidades com menor população, em havendo a opção pela chamada lista aberta os prejuízos são inquestionáveis, até porque em verificação comparativa o próprio órgão ministerial referenciado identificou que inexistente uma diferenciação significativa quanto a fornecedores apenas de Municípios maiores e fornecedores apenas dos demais. O mercado de medicamentos é mais complexo e não pode ser definido por análises muito lineares e simplistas.

Na mesma linha segue a modelagem utilizada por inúmeros Municípios paranaenses como por exemplo Palmeira, Maringá e

120 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 26 mar. 2018.

121 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Mandaguari¹²² (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) em que a cada ano se dá a publicação de um único edital para a aquisição de medicamentos referindo-se como lote único de “compra a a z” com o que não se avaliam as diferenças de preço entre cada medicamento ou cada grupo de compostos ou ainda cada lote separadamente mas sim um preço final global, de modo que o licitante que apresentar a proposta com o menor preço para o total dos medicamentos de “a a z” terá a si adjudicado o objeto todo da licitação o que via de regra implica em gastos adicionais para o Erário se comparados grosso modo com aqueles que seriam despendidos no caso de fracionamento em lotes diferentes ou em licitações diversas.

Apontamento interessante também sob a ótica de sua invalidade decorrente dos cruzamentos de dados efetivados pelo Ministério Público de Contas¹²³ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) é aquele decorrente de **pagamento a maior de medicamentos ofertados ao mercado em múltiplas e diferentes formas** quando, por exemplo, o edital da licitação publicado estabelece um preço máximo a ser pago, sem, contudo, amarrar de modo detalhado e com descrição mais completa as especificações dos itens. Isso pode ser ilustrado por determinado medicamento vendido em caixas com dez, vinte e trinta comprimidos o qual é produzido por diferentes laboratórios e comercializado por dezenas de distribuidores variados. Em não havendo a correta descrição do volume de cada embalagem a ser adquirida no lote que se pretende comprar, as propostas de preço são as mais variadas também e principalmente em decorrência da incompletude da especificação do item, o que gera gasto exponencialmente mais alto quando da conclusão da adjudicação do objeto da licitação e assinatura do contrato de fornecimento, se comparada a compra *pro rata* do composto, sejam sob a forma de comprimidos em cada embalagem, seja o volume diferente para

122 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 30 mar. 2018.

123MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 30 mar. 2018.

medicamentos líquidos seja ainda o peso em miligramas para cremes e pomadas. Veja-se a indagação literal constante da conclusão do exame feito pelo MPC/PR em relação aos dados de uma licitação do Município de Ivaiporã¹²⁴ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018): “...Nesse contexto, por exemplo, a Acebrofilina 10 mg/ml – xarope é de 60 ou 120ml? O bromoprida 4mg/ml – solução oral gotas é de 10 ou 20ml? Ainda, a solução isotônica de cloreto de sódio a 0,9% 100 ml - injetável – é bolsa ou frasco?”

No mesmo contexto surgiram repetidas vezes problemas decorrentes da **publicação de editais com indicação da marca/nome comercial de vários dos medicamentos nos mais diferentes lotes** em que divididas as licitações promovidas pelos Municípios do Estado do Paraná¹²⁵ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) em contradição direta à norma explícita constante do estatuto geral das licitações¹²⁶ (BRASIL, 1993), o que por óbvio traz como repercussão direta a restrição ao caráter competitivo – ideia central da norma constitucional que impõe o dever de licitar como regra ao administrador público quando pretenda adquirir bens ou contratar serviços com recursos públicos. Por certo, ao referir-se a marca do medicamento e não sua denominação científica ou nome genérico, amolda-se a referida compra exclusivamente ao laboratório detentor daquela marca – nos casos de compras junto a laboratórios – ou às distribuidoras que a comercializem em detrimento de um maior número de outras que comprem e revendem similares de outros laboratórios.

124MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 12 abr. 2018.

125 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em www.mpc.pr.gov.br em 16 abr. 2018.

126 Lei Federal n. 8.666/93 promulgada em 21 jun. 1993 e publicada no Diário Oficial da União em 21 jun. 1993, “Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão (...): §7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.”

Os relatos e fundamentos conclusivos do trabalho de mapeamento utilizado como base para este estudo¹²⁷ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) retratou falha grave no que diz de perto aos próprios atos afetos ao julgamento e registro do mesmo via atas, pois **nos casos de pregões presenciais e pregões eletrônicos, embora seja atribuição do pregoeiro motivar a aceitabilidade dos preços relativos aos itens que não ensejaram disputa por lance classificando-os, isto não é respeitado em muitos dos Municípios** analisados pelo órgão ministerial de contas paranaense, ainda que expressamente determinado no edital, por exemplo o Edital 161/2017¹²⁸ (IVAIPORÃ, 2017), decorrendo daí invalidade formal de todo o procedimento licitatório de compra dos medicamentos. Somase a tais invalidades formais, a ausência de sorteio pelos pregoeiros quando da apresentação de propostas com os mesmos valores para vários itens do(s) edital(is) de licitações publicados com vistas a compra de remédios.

Mácula como esta põem em risco inclusive conceitos fundamentais do direito constitucional¹²⁹ (COUTO E SILVA, 2013) tais como a probidade e legalidade da Administração, a fundamentação dos atos administrativos, as amarras sobre o gestor público em vista da ideia de cuidados com a coisa pública e com os recursos arrecadados junto aos contribuintes para financiar os gastos do Estado, referenciando-se aqui muito do que se escreveu sobre o direito constitucional num viés científico e doutrinário¹³⁰ (DI PIETRO; FERRAZ, 2011).

127 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 26 abr. 2018.

128 Município de Ivaiporã. Disponível em <<http://www.ivaipora.pr.gov.br>> Acesso em 20 dez. 2017. Edital nº 161/2017:18.7 *Declarada encerrada a etapa de OFERECIMENTO DE LANCES e classificadas as propostas na ordem crescente de valor, incluindo aquelas que declinaram do oferecimento do lance(s), sempre com base no último preço/lance apresentado, o PREGOEIRO examinará a aceitabilidade do valor daquela de menor preço, ou seja, da primeira classificada, decidindo motivadamente a respeito.*

129 COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

130 DI PIETRO, Maria S. Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

A análise das atas de julgamento possibilitou ao Ministério Público de Contas do Paraná¹³¹ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, 2018) identificar a **absoluta falta de concorrência presente em dezenas de editais de licitação, particularmente naqueles divididos em lotes em que embora apresentadas propostas de oito, nove, dez distribuidoras, ao examinar-se com cuidado as respectivas atas observa-se que para cada lote houve apenas uma proposta**, o que sugere o partilhamento indevido e ilegal do objeto da licitação sem que tenha havido qualquer contraofensiva por parte das Administrações licitantes quanto à tal situação grave, seja mediante anulação do certame, seja mediante instauração de sindicância ou mesmo denúncia ao Ministério Público Estadual ou demais órgãos de controle, vale dizer em situação de passividade que resulta em conivência indevida.

A propósito disso há que lembrar o caráter fundamental que tem o controle interno na visão da doutrina contemporânea bem representada por Rodrigo Pironti Aguirre de Castro¹³² (CASTRO, 2016). Estas considerações todas dão mostras da inefetividade dos órgãos de controle interno nas Administrações Públicas Municipais do Estado do Paraná, em afronta não só à validade de atuação das mesmas dados os fundamentos presentes da Constituição de 1988 senão também contrariamente à racionalidade e eficiência de seus atos e procedimentos, pois os resultados maléficos decorrentes de tal inação inclusive sob a ótica financeira e orçamentária.

Outro fator que embora a priori não resulte em irregularidade mas que chama a atenção é **a atuação de várias empresas distribuidoras de medicamentos em dezenas de Municípios de determinada região do Estado**, ao passo que outras tantas atuam numa segunda região e assim sucessivamente, podendo-se a partir daí indicar-se uma

131 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em www.mpc.pr.gov.br em 10 abr. 2018.

132 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade**. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 140: “O controle, como atividade precípua do Estado, ganhou atenção especial na Constituição da República de 1988, sendo tratado, em razão de sua atividade de fiscalização externa e, principalmente, interna, no artigo 31; artigo 49, incisos V, IX e X; artigo 50; artigo 51, inciso II e artigos 70 a 75 do texto constitucional brasileiro.”

partilha regional do mercado, o que exige mais atenção dos gestores públicos no sentido de deverem cercar-se de mais cuidados e rigor na modelagem dos editais e acompanhamento da apresentação das propostas em comparação com os preços de mercado, tanto varejo quanto atacado.

Finalmente porém não menos importante é a questão relativa aos indícios de irregularidades decorrentes do cruzamento dos quadros societários de algumas empresas participantes de certames licitatórios à luz dos dados disponíveis na base de dados do Tribunal de Contas do Estado¹³³ (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, 2018), mais particularmente do chamado “Portal de Informação para Todos”, que dá conta de coincidências entre nomes de servidores e de representantes de algumas empresas contratadas, o que está demonstrado nos relatórios, dossiês e representações protocolados pelo Ministério Público de Contas¹³⁴ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) após a coleta e devido cruzamento de dados. Tal situação aparece em número considerável de Municípios tais como Maringá, Paiçandu, União da Vitória e Sarandi. Tal retrato impõe reflexões de diferentes ordens a respeito dos vícios e falhas na gestão de contratações para aquisição de medicamentos e no controle interno a propósito do tema.

4.3 QUADRO DE DISPARIDADES

A partir da indicação quase que articulada demonstrada acima e do contexto atual no que tange às aquisições feitas pelas Administrações municipais no Estado do Paraná, em especial quanto a medicamentos, é possível traçar um quadro de disparidades dividido em três partes iniciais a saber: **a)** *disparidades formais e metodológicas*; **b)** *disparidades materiais com implicações inclusive financeiras dados os pagamentos feitos*

133 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br/pit>> Acesso em 10 abr. 2018.

134 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> em Acesso em 14 abr. 2018.

acima do que deveria/poderia ocorrer caso as mesmas não existissem, ou ao menos fossem em volume menor; c) disparidades relativas à falta de transparência que dificultam ou mesmo impedem o controle social, chave para a maior eficiência e correção dos atos administrativos em particular e da gestão da coisa pública como um todo.

Invertendo a ordem e iniciando pelos problemas decorrentes da falta de transparência, em mais da metade dos dossiês e representações promovidos pelo Ministério Público de Contas do Paraná é aberto um capítulo especial para apontamentos relativos à falta de dados nos portais de transparência das Prefeituras. Lembrando-se do escopo do projeto que centrou sua atenção nos Municípios com população superior a trinta mil habitantes, em número de cinquenta e dois no Estado do Paraná, há que se concluir que perto de trinta deles – e expandido os dados da amostra para a totalidade dos trezentos e noventa e nove Municípios do Estado – e mais de duzentos ao todo possuem portais da transparência sem a base de dados completa. Há casos mais graves em que não aparece informação algum relativa às licitações realizadas, contratos assinados e em execução, empenhos emitidos e pagamentos feitos. Há outros ainda em que embora haja alguma informação sobre as licitações e contratos, não é possível localizar na plataforma as minutas dos editais ou dos contratos e outras ainda em que embora presentes algumas destas minutas, não aparecem as atas de julgamento das licitações, as quais são fundamentais para que sejam identificadas incoerências e nulidades como aquelas reportadas acima.

Sob a lógica do controle em sentido amplo – interno, externo e social – há um desvirtuamento dos princípios da publicidade e até da moralidade, pois dado que há normas em âmbito constitucional e infraconstitucional que impõem a divulgação clara, completa e precisa de dados, atos e contratos oriundos da Administração Pública. Há por assim dizer o direito do cidadão à informação sobre as “coisas da Administração”, em particular à vista do fato de que o financiamento destas são instrumentalizados pela arrecadação de recursos junto aos próprios cidadãos governados. Nestes termos, a construção científica

não possui divergência¹³⁵ (VALLE, 2012). O controle e a governança exigem a transparência, a qual decorre de respeito absoluto ao princípio da publicidade¹³⁶ (MEDAUAR, 1993)

No que toca aos vícios de natureza formal identificados nos processos de compras de medicamentos pelos Municípios paranaenses, é possível verificá-los sob a forma de variadas transgressões de procedimento identificadas pelo Ministério Público de Contas do Paraná¹³⁷ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ, 2018) em seu trabalho de mapeamento do panorama relativo ao tema ora considerado. A utilização indevida de procedimentos de dispensa de licitação para situações em que seria não apenas possível senão também aconselhável licitar a aquisição dos produtos medicamentosos sem o uso do artifício da contratação direta, no mais das vezes seguido de sobre preço nos produtos adquiridos; subterfúgios outros como a inexigibilidade de licitações em hipóteses que também não a justificariam como a pluralidade de laboratórios fornecedores dos produtos; falhas graves das atas de julgamento de pregões que não indicam as devidas justificativas para a escolha de determinado(s) fornecedor(es) diante de preços idênticos nem tampouco os critérios de escolha/desclassificação de licitantes ou de aceitação de propostas únicas para vários lotes da licitação entre os diferentes licitantes; falhas na publicação de editais e formalização de contratos que implicam em sua nulidade como a assinatura de contrato antes de publicado o edital da licitação de origem.

Finalmente os vícios materiais ou de conteúdo, também numerosos a partir das constatações levadas a efeito pelo Ministério Público do Paraná¹³⁸ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ,

135 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

136 MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

137 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 05 abr. 2018.

138 MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 06 abr. 2018.

2018), dão conta de critérios de definição de objetos inapropriados nas minutas de edital. Disto são exemplo as mencionadas licitações de “a a z”, a indicação do nome comercial ou marca do(s) produto(s) medicamentoso(s) no edital com o conseqüente direcionamento para um único laboratório fabricante e as distribuidoras que comercializam tais marcas em detrimento dos demais; pagamentos a maior feitos pelas Administrações na compra de medicamentos que sejam ofertados ao mercado em diferentes formas, conteúdos, apresentações ou embalagens sem que se considere o preço por comprido, ou por mililitros ou por miligramas; a formação de cartéis de distribuidores com divisão regional ou por lotes de medicamentos; a participação nula de servidores do quadro da Administração no quadro societário de empresas distribuidoras, o que inclusive está tipificado na legislação penal.

5 CONSIDERAÇÃO FINAIS

Isto posto, as observações que cabem são no sentido de resumida e articuladamente expor vários pontos graves.

Um, as compras de medicamentos representam parte considerável dos orçamentos municipais na área de saúde e, por consequência, dos orçamentos globais dos Municípios consoante percentuais elevados das despesas autorizadas nas leis orçamentárias anuais.

Dois, no que se refere aos Municípios paranaenses, os gastos decorrentes das aquisições de produtos medicamentosos possibilitam questionamentos de variadas ordens em face de dispensas e inexigibilidades de licitações indevidamente utilizadas pelas Administrações, minutadas de editais publicadas com itens e critérios equivocados e prejudiciais ao Erário como as chamadas compras de “a a z”, as licitações com lote único por preço global e ainda falhas de natureza formal como omissões de atas de julgamentos, falta de critério expresso para situações corriqueiras e gravosas como aquelas que resultam em indícios de partilhamento de lotes e formação de

cartéis, bem como enorme falta de transparência, dado que inexistem dados relativos aos gastos, minutas de editais e contratos ou de notas de empenho nos portais das Prefeituras.

Três, mesmo diante destas inúmeras e reiteradas irregularidades, os órgãos de controle não têm atuado no sentido de combater tais práticas e cobrar maior transparência e coerência com a lei por parte das Administrações municipais, tornando a situação ainda mais grave dado que o controle interno quando existente é apenas decorativo e o controle social é inviabilizado pela obscuridade na divulgação de informações por parte dos gestores públicos.

Tal ordem de considerações impõe reflexão e a adoção de medidas que possam alterar o atual panorama de ilegalidades e omissões que resultam não apenas em prejuízos de natureza orçamentária e financeira, mas também quanto à disponibilização de medicamentos nos postos e unidades de atendimento público para a população desassistida.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Direito tributário e princípio federativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

----- . **Curso de direito financeiro e orçamentário**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsabilidade**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

CHIESA, Clélio. **A competência tributária no Estado brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria S. Zanella; MOTTA, Fabricio; FERRAZ, Luciano. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Contribuições e federalismo**. São Paulo: Dialética, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade fiscal**. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e tributário**. São Paulo: Renovar, 14^a ed, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 out. 1988 e publicada no Diário Oficial da União em 05 out. 1988.

BRASIL. Lei Complementar 141 (2012). **Lei Complementar Federal 141**. Promulgada em 13 jan. 2012 e publicada no Diário Oficial da União em 13 jan. 2012

BRASIL. Lei 4320 (1964). **Lei Federal 4320/64**. Promulgada em 17 mar. 1964 e publicada no Diário Oficial da União de 17 mar. 1964.

BRASIL. Lei 8212 (1991). **Lei Federal 8212/91**. Promulgada em 24 jul. 1991 e publicada no Diário Oficial da União de 24 jul. 1991.

BRASIL. Lei 8666 (1993). **Lei Federal 8666/93**. Promulgada em 21 jun. 1993 e publicada no Diário Oficial da União de 21 jun. 1994.

BRASIL. Lei 12527 (2011). Lei Federal 12527/11. Promulgada em 18 nov. 2011 e publicada no Diário Oficial da União de 18 nov. 2011.

BRASIL. Lei 13500 (2017). Lei Federal 13500/17. Promulgada em 26 out. 2017 e publicada no Diário Oficial da União de 26 out. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.mpc.pr.gov.br>> Acesso em 18 abr. 2018.

MUNICÍPIO DE IVAIPORÃ. Disponível <<http://www.ivaipora.pr.gov.br>> Acesso em 20 dez. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <<http://www.tce.pr.gov.br>> Acesso em www.tce.pr.gov.br em 14 abr. 2018.

DE PISO A TETO DE GASTOS: DISRUPTURA DA PROGRESSIVIDADE PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE?

Gilberto Pinto Monteiro Diniz¹³⁹

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, em conformidade com as normas consubstanciadas na Constituição de 1988, foi estruturada e organizada como Estado Democrático de Direito, que tem como valor supremo, dentre outros, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como do direito fundamental à saúde.

Abordagem de aspectos ligados à efetivação do direito fundamental à saúde apresenta-se bastante atual e de grande importância nesta quadra, notadamente na seara do Direito Financeiro e das finanças públicas, em razão das sucessivas modificações na sistemática de alocação de recursos financeiros a ser feita pela União, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) e da pandemia da covid-19, que ceifou a vida de centenas de milhares de brasileiros e de milhões de pessoas mundo afora.

Nesse particular, em que pesem o importante papel desempenhado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) — uma das principais políticas de inclusão social e de redução da desigualdade no Brasil — e a louvável atuação dos profissionais da saúde no combate à pandemia da covid-19, não se pode fechar os olhos para as fragilidades da saúde pública brasileira trazidas à tona, sobretudo, nesse período crítico pelo qual estamos passando, como financiamento público insuficiente, má

139 Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Contador. Especialista em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG). Atualmente, exerce o cargo de Presidente do TCEMG.

gestão, distribuição geográfica desigual dos profissionais da saúde e do acesso da população aos serviços de saúde.

Nessa esteira, a seguir serão abordadas questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, garantido pela Constituição brasileira de 1988, às inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que se mostra como mais uma das emendas constitucionais que, para resolver questões conjunturais, afetam a estrutura engendrada pelo constituinte originário e consolidada na Constituição de 1988 para efetivar direitos sociais, e aos efeitos dessa emenda constitucional no cumprimento do dever de progressividade na efetivação do direito fundamental à saúde, uma vez que, em conformidade com as regras nela estabelecidas, haverá menor aplicação anual de recursos financeiros federais em ASPS. Afinal, serão apresentadas considerações sobre os apontamentos e reflexões materializados no desenvolvimento deste escrito.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 22 de julho de 1946, ratificada pelo Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948, editado pelo presidente da República Federativa do Brasil, Eurico Gaspar Dutra:

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. O gozo do melhor estado de saúde que lhe seja possível atingir, constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sejam quais forem sua raça, sua religião, suas opiniões políticas, sua condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é condição fundamental para a consecução

da paz e da segurança, e depende da mais estreita cooperação de indivíduos e de Estados¹⁴⁰.

Seguindo essa linha, outros documentos de organismos internacionais também passaram a preconizar que as sociedades organizadas respeitem o direito à vida e que garantam condições capazes de assegurar saúde e bem-estar ao ser humano, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948¹⁴¹, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁴², o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976¹⁴³.

140 BRASIL. Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1948]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

141 Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – Art. 25. (1). Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (2). A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. FRANÇA. Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Organização das Nações Unidas, Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

142 Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, editado pelo vice-presidente da República, no exercício do cargo de presidente da República, Itamar Franco – Art. 4º (1). Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

143 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, editado pelo presidente da República, Fernando Collor – Art. 12. § 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. § 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as

O item 1 do art. 2º do mencionado Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976 estabelece dever de progressividade na concretização de direitos sociais a ser observado pelos Estados nacionais signatários.

Raquel Carvalho assim se manifesta sobre a progressividade da concretização dos direitos sociais:

A obrigação estatal de ampliar as possibilidades de efetivação dos direitos sociais corresponde, assim, ao dever de progressividade, o que impõe que os recursos existentes sejam direcionados, da melhor maneira possível, à consecução dos direitos sociais, mesmo porque a satisfação dos direitos sociais supõe uma certa gradualidade, com obrigação [de] realização do direito ao mais alto nível eficientemente possível. Essa a lição doutrinária que veda a inércia dos poderes públicos em relação à superação de carências e à construção do bem-estar, impondo a atuação positiva do Estado no enfrentamento dos óbices à plena eficácia prestacional dos direitos¹⁴⁴.

Pelo fato de ser um direito social, portanto, que exige prestação progressiva para superar eventuais carências e para garantir

medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

144 CARVALHO, Raquel. *Perspectivas e limites: concepção liberal de estado, dever de progressividade, proibição de retrocesso social, solidariedade e mínimo existencial*. Disponível em: < <http://raquelcarvalho.com.br/2019/01/06/2019-perspectivas-e-limites-concepcao-liberal-de-estado-dever-de-progressividade-proibicao-de-retrocesso-social-solidariedade-e-minimo-existencial/#:~:text=Por%20outro%20lado%2C%20o%20regime,efic%C3%A1cia%20prestacional%20dos%20direitos%20sociais>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

bem-estar, o gestor deve fazer as melhores escolhas ou eleger bem as prioridades da atuação estatal, para que maior parcela de recursos seja disponibilizada para concretização do direito fundamental à saúde.

Em realidade, não se pode perder de vista que o dever de progressividade para concretização do direito fundamental à saúde é inerente à sua estirpe de consectário do direito à vida e de pilar do Estado Democrático e Social de Direito. A esse respeito, em razão da evolução do capitalismo e, por conseguinte, de seus reflexos desfavoráveis para a grande massa de trabalhadores que se formou, o Estado foi levado a abandonar a postura de abstenção, própria da primeira concepção do Estado Liberal de Direito, para agir em prol dos interesses da sociedade, que passou a exigir condições melhores de vida para todos. Os documentos das organizações internacionais citadas são parte das ações para materialização dessas aspirações sociais, relativamente à saúde.

Das recomendações consignadas no transcrito introito da Constituição da OMS, depreende-se que o direito fundamental à saúde apresenta dupla implicação. A de preservar a saúde, ou o estado de completo bem-estar físico, mental e social do ser humano, e a de recuperar esse estado de completo bem-estar físico, mental e social, livrando-se de doença ou enfermidade. Disso ressaí a importância do acesso ao direito fundamental à saúde como o direito de todo e qualquer ser humano de preservar e proteger a própria vida.

Seguindo essas diretrizes, e como será demonstrado na sequência, a Constituição brasileira de 1988 consagrou, de forma pormenorizada, o direito fundamental à saúde, como um direito social, que se compreende como autêntico direito subjetivo, mediante ações e serviços a serem efetivados pelo poder público com a finalidade de promover, proteger e recuperar a saúde de toda e qualquer pessoa humana. E, como o direito fundamental à saúde é subjetivo, se não for cumprido ou satisfeito pelo poder público, nasce para a pessoa que dele necessita o direito de ação, a fim de reivindicá-lo nas esferas próprias, até mesmo judicial.

Segundo se depreende das palavras de Canotilho, os direitos sociais, como o direito à segurança social, à saúde, à habitação, à educação, são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas¹⁴⁵.

O art. 6º, que abre o Capítulo II (DOS DIREITOS SOCIAIS) do Título II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS) da Constituição brasileira de 1988, prescreve que:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição¹⁴⁶.

Daí um dos motivos para a alcunha de *Constituição Cidadã* dada à Constituição brasileira de 1988.

Os direitos sociais têm disciplina própria no Título VIII (DA ORDEM SOCIAL) do texto constitucional brasileiro, cujo art. 193 estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. A ordem social conecta-se e harmoniza-se com a ordem econômica, consoante dispõe o *caput* do art. 170 da Constituição brasileira de 1988¹⁴⁷. Ambas as ordens mencionadas — econômica e social — se fundam no primado do trabalho e têm como objetivo assegurar a todos existência digna¹⁴⁸,

145 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 476.

146 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2022.

147 Constituição brasileira de 1988 – Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

148 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 802.

que configura um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), em conformidade com os ditames da justiça social. E, conforme explica Eros Grau, a justiça social passa a conotar cuidados, relativamente à superação das injustiças na repartição do produto econômico, inspirados em razões macroeconômicas, e não apenas microeconômicas. Ou seja, “as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”¹⁴⁹, o que implica na realização de políticas pelo Estado.

Os direitos relativos à saúde, juntamente com os inerentes à previdência e à assistência social, são assegurados por meio de conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, denominado de seguridade social, que tem a universalidade da cobertura (universalidade subjetiva¹⁵⁰) e do atendimento (universalidade objetiva¹⁵¹) como um de seus objetivos ou princípios (art. 194).

A Constituição brasileira de 1988 introduziu o conceito de seguridade social em clara ruptura com a lógica de seguro social que historicamente regia as iniciativas de proteção no País. Foi esse rompimento que possibilitou instituir o direito universal à saúde, bem como estender e regulamentar os direitos assistenciais, trabalhistas e previdenciários. Com essa transformação, a saúde, a assistência social e a previdência passaram a constituir direitos da cidadania assegurados no âmbito da Seguridade Social¹⁵².

A universalidade e a igualdade de acesso às ações e serviços públicos, a serem desenvolvidas pelo poder público para efetivar

149 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 222.

150 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 804.

151 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 804

152 BRASIL. Ministério da Saúde. *Financiamento público de saúde*/Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2013, p. 21. Disponível em: <http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

o direito fundamental à saúde, são reafirmadas no art. 196 da Constituição brasileira de 1988, que assim dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O conjunto de ASPS, de relevância pública, conforme estabelece o art. 197 da Constituição de 1988, e cuja efetivação é de responsabilidade solidária de todos os entes políticos da Federação brasileira (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), integra uma rede regionalizada e hierarquizada e constitui um sistema único (art. 198), que foi denominado de Sistema Único de Saúde (SUS), conforme disciplina consolidada nas disposições contidas na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990¹⁵³.

A respeito da mencionada responsabilidade solidária dos entes federados, consoante se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a interpretação do art. 196 da Constituição de 1988, como na decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 586.995-AgR/MG, sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em matéria de implementação das ASPS, existe verdadeiro dever constitucional *in solidum*, que confere ao credor, que é o cidadão, o direito de exigir e de receber de um, de alguns ou de todos os devedores (as pessoas políticas que compõem a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, na espécie) a obrigação que lhes é comum.

A instituição do SUS produziu resultados imediatos. O mais importante deles foi o fim da separação que havia no sistema público de saúde brasileiro entre os incluídos e os não incluídos

153 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

economicamente. Para os incluídos havia a Saúde Previdenciária a que tinham direito os detentores da *carteirinha* do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - Inamps; para os não incluídos restavam a atenção ambulatorial provida por unidades de medicina simplificada e a atenção hospitalar prestada por entidades filantrópicas aos indigentes. O SUS pôs fim, em pouco tempo, a essa figura iníqua dos indigentes sanitários, promovendo a integração do Inamps ao sistema público único de saúde. Dessa forma, o SUS rompeu com a trajetória de formação do Estado brasileiro assentada na centralização e com uma concepção de cidadania que vinculava os direitos sociais à inserção no mercado de trabalho, a cidadania regulada¹⁵⁴.

O SUS, cuja organização e sistematização foi inspirado no *National Health Service* do Reino Unido, é constituído por conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público. O Brasil é considerado o único país com mais de 200 milhões de habitantes que mantém um sistema de saúde pública universal e igualitário. O SUS é financiado, nos termos do art. 195 da Constituição de 1988, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198, § 1º).

Nesse particular, os constituintes originários, conforme ficou expresso no art. 195 da Constituição brasileira de 1988, definiram recursos para financiar o tripé que compõe a seguridade social, e não separadamente para cada um de seus ramos, quais sejam: saúde, previdência social e assistência social. Além dos recursos advindos dos orçamentos dos entes federados, o financiamento da seguridade social provém das contribuições decorrentes da folha de salários,

154 BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006, p. 26. Disponível em: <https://www.academia.edu/39035699/SUS_avancos_desafios?email_work_card=view-paper>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

do faturamento e do lucro, bem como da receita de concursos e prognósticos.

A respeito do montante de recursos a ser alocado no segmento, o § 2º do art. 198 da Constituição brasileira de 1988 prescreve que a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ASPS recursos mínimos provenientes da arrecadação de impostos.

O texto original da Constituição de 1988 não havia estabelecido vinculação de recursos financeiros nas três esferas de governo para financiamento das ASPS. O art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prescrevia: “Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”. Pelo que consta de estudos sobre a matéria, porém, essa disposição não foi cumprida¹⁵⁵. Com a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, é que se preencheu tal lacuna, ao ser determinada a vinculação e estabelecer a base de cálculo e os percentuais mínimos de recursos orçamentários que a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios deveriam aplicar em ASPS. A promulgação dessa emenda constitucional representou enorme conquista para a sociedade, por permitir o financiamento do SUS de forma estável, na medida em que, reforçando a progressividade desse financiamento público, determinou a aplicação anual mínima de recursos financeiros equivalentes a percentual vinculado à receita arrecadada pelo ente federado.

A propósito, a obrigação de progressividade do financiamento público para efetivação do direito fundamental à saúde também ressaí do princípio do acesso universal e igualitário do SUS, estabelecido pelo art. 196 da Constituição de 1988, especialmente diante do constante crescimento populacional e da expectativa de vida dos brasileiros. Ora,

155 BRASIL. Ministério da Saúde. *Financiamento público de saúde*/Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2013, p. 38. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

se o financiamento da saúde pública brasileira não for progressivo ou gradual, com o passar do tempo os recursos financeiros serão insuficientes para concretizar o direito fundamental à saúde de forma satisfatória, a fim de garantir dignidade ao brasileiro que se vale apenas do SUS, cujo acesso é universal e igualitário.

Em razão do conceito ampliado de saúde, como demonstrado acima, tornou-se necessária, para cumprimento das prescrições impostas aos entes federados, a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000, com indicação clara e detalhada do que deveria ser entendido como ASPS.

A regulamentação de aplicação mínima de recursos em ASPS pelos entes federados foi definida na Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012¹⁵⁶.

O montante mínimo de recursos que a União deve alocar em ASPS, conforme previsto no *caput* do art. 5º da Lei Complementar nº 141, de 2012, corresponde ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desse diploma legal, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. O § 2º desse dispositivo legal estabelece que: “Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o *caput* não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro”. A metodologia para apuração do gasto anual em ASPS pela União, porém, sofreu sucessivas alterações por meio das Emendas Constitucionais nº 86, de 17 de março de 2015, e nº 95, de 15 de dezembro de 2016.

156 BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

A Emenda Constitucional nº 86, de 2015, alterou o inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição brasileira de 1988 para prescrever que a União aplicará anualmente, no mínimo, 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida (RCL)¹⁵⁷ federal em ASPS. O art. 2º dessa emenda constitucional estabeleceu regra de transição progressiva para o atingimento dos 15% (quinze por cento) da RCL a partir de 2020, nestes termos:

Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

157 Segundo o inciso IV e os §§ 1º a 3º do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000: **receita corrente líquida (RCL)** é o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição. § 1º Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. § 2º Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19. § 3º A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades. BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

A eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86, de 2015, entretanto, foi suspensa, em 31/8/2017, pelo ministro Ricardo Lewandowski, por medida cautelar deferida na ADI nº 5595/DF, proposta pela Procuradoria-Geral da República. Dessa forma, considerando que foi concedida em 31/8/2017, essa decisão cautelar teria o efeito de elevar a alocação mínima de recursos em ASPS pela União para 15% (quinze por cento) da RCL já a partir do exercício financeiro de 2018. O julgamento do mérito da ADI nº 5595/DF, embora iniciado, ainda não foi finalizado pelo STF.

Mas antes da decisão cautelar do STF sobreveio a Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. De acordo com o inciso II do art. 110, combinado com o inciso II do § 1º do art. 107, ambos do ADCT, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016¹⁵⁸, no exercício financeiro de 2017, a União deveria despende com ASPS, no mínimo, 15% (quinze por cento) da RCL federal. Por sua vez, nos exercícios financeiros de 2018 a 2036, tais despesas devem

158 Pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) a ADI 5633-DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), e a ADI 5658-DF, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), mediante as quais são impugnados dispositivos constitucionais incluídos no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016. Na ADI 5658-DF, dentre outros pedidos formulados pelo PDT, pugnou-se pela interpretação conforme a Constituição do art. 107 do ADCT, de modo a se excluírem de seu âmbito de incidência os gastos com educação e saúde.

ser equivalentes ao valor mínimo referente ao exercício financeiro imediatamente anterior, corrigido pela variação do índice nacional de preços ao consumidor amplo (IPCA), publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária anual.

A Lei Complementar nº 141, de 2012, nos termos dos arts. 3º e 4º, define quais despesas podem, bem como quais despesas não podem ser consideradas como ASPS, para efeito de aferição do montante mínimo de recursos públicos a ser alocado a esse título. Ademais, essa lei determina que a fiscalização do cumprimento de seus ditames, incluída a aplicação dos recursos mínimos em ASPS, será feita também no parecer prévio sobre as contas anuais prestadas pelo chefe do Poder Executivo (art. 37).

Como demonstrado nesse breve trecho, a Constituição de 1988 declarou o direito fundamental à saúde no rol dos direitos sociais cristalizado no art. 6º, como também estabeleceu a disciplina e os meios para sua efetivação pelos entes federados.

Mas será que a vontade do poder constituinte originário materializada na Constituição brasileira de 1988, relativamente à garantia do exercício do direito fundamental social da saúde e, por conseguinte, à efetivação das emanações dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, tem sido observada pelo poder constituinte reformador, em se tratando de emenda constitucional de natureza fiscal ou financeira? Penso que, em determinados casos, essa questão não é observada, conforme passo a expor, tomando como exemplo a Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que altera o ADCT, para instituir *Novo Regime Fiscal*, e dá outras providências.

2 INOVAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95, DE 2016

A Emenda Constitucional nº 95, de 2016, implantou controle de gastos públicos da União, a fim de evitar que as despesas primárias¹⁵⁹ federais cresçam mais do que a inflação e, conseqüentemente, equilibrar as contas públicas. As regras consolidadas nessa emenda constitucional ficaram conhecidas como *Teto dos Gastos*.

De acordo com o *Teto de Gastos*, a partir de 2018, o aumento das despesas e dos investimentos federais não podem ultrapassar a inflação acumulada e retratada pelo IPCA, que é divulgado pelo IBGE, ou outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício financeiro anterior ao que se refere a lei orçamentária. Como pode ser intuído pelo seu nome, o IPCA, um dos índices mais tradicionais do Brasil, tem por função medir a variação de preços de uma cesta de produtos e serviços consumida pela população do país, indicando a variação mês a mês, ou seja, o IPCA mede a inflação.

A inflação a ser considerada para o cálculo dos gastos federais será a medida nos últimos 12 meses, até junho do ano anterior. Em 2018 e em 2019, por exemplo, a inflação adotada foi a medida pelo IPCA entre julho de 2016 e junho de 2017 e entre julho de 2017 e junho de 2018, equivalente a 3% (três inteiros por cento) e 4,39% (quatro inteiros e trinta e nove centésimos por cento), respectivamente.

O *Teto de Gastos* vintenário valerá para os orçamentos fiscal e da seguridade social, mediante a estipulação de limites individualizados para os Poderes, órgãos e entidades da União. Existem limites para

159 As despesas primárias são os gastos realizados pelo governo para prover bens e serviços públicos à população, tais como saúde, educação, construção de rodovias, além de gastos necessários para a manutenção da estrutura do Estado (manutenção da máquina pública). Essas despesas também são realizadas para o custeio de programas de governo e à realização de grandes investimentos. Essas despesas primárias, por sua vez, podem ser classificadas como despesas obrigatórias ou despesas discricionárias, conforme estudado anteriormente. BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). *Introdução ao orçamento público*. Brasília, DF: Enap, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3168/1/Modulo%20%20-%20Receita%20e%20Despesa%20Publicas.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

tribunais, Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Câmara dos Deputados, Senado Federal, Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério Público da União (MPU), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Em caso de descumprimento do teto estipulado, o Poder, órgão ou entidade fica impedido de, no ano seguinte, conceder aumento de remuneração, contratar servidores, criar despesa ou, no caso do Poder Executivo, conceder incentivos fiscais.

O presidente da República, a partir do décimo ano de vigência do *Teto de Gastos*, poderá rever o critério uma vez a cada mandato presidencial, por meio de projeto de lei complementar a ser enviado ao Congresso Nacional.

As transferências de recursos da União para Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, bem como para o Fundeb, os gastos com a realização de eleições não ficaram sujeitados, porém, ao *Teto de Gastos*.

A implantação do *Teto de Gastos* para equilibrar as contas públicas federais expõe uma histórica mazela da administração pública brasileira, a má escolha das prioridades para alocação dos recursos públicos. Sacrifica-se a concretização de direitos sociais, como será demonstrado na sequência, e não se inclui no *Teto de Gastos* a destinação de recursos públicos para a realização de eleições.

Segundo esclarece o professor de economia João Romero, do Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional (Cedeplar) da Faculdade de Ciências Econômicas (Face) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG):

O teto de gastos é uma regra rígida demais e que não protege gastos sociais e com investimento público, e por isso precisa ser reformulado. A regra é desalinhada da literatura especializada, da experiência de outros países, e inclusive do que é recomendado por pesquisadores do FMI. Nenhum país jamais congelou gastos reais por 10 anos, como a regra estabelece. Todos os países com regra semelhante permitem algum crescimento do

gasto público real, e vários países excluem alguns gastos sociais e com investimento público do teto. O principal a ser mudado é permitir algum crescimento do gasto real, restabelecer a vinculação de receitas para saúde e educação, e criar um subteto para o investimento público¹⁶⁰.

O fato de o *Teto de Gastos* não proteger gastos sociais, conforme ressaltado na avaliação acima transcrita, colide frontalmente com princípios fundamentais da República Federativa do Brasil insculpidos na Constituição de 1988. Isso pode ser demonstrado no exemplo que será apresentado a seguir, relativamente à alocação de recursos em ASPS pela União, nos exercícios financeiros de 2018 e 2019. Esses exercícios financeiros foram os primeiros sob a égide da nova sistemática para cálculo do importe de recursos financeiros a ser aplicado pela União em ASPS.

Os investimentos em ASPS nos exercícios financeiros de 2020 e 2021 não serão considerados, porque, em razão da pandemia da covid-19, aportes de recursos financeiros extraordinários foram efetivados em ASPS pela União e pelos demais entes federados, a fim de tentar debelar os reflexos desse mal, afigurando-se como pontos fora da curva para efeito de comparação para o que se quer demonstrar neste escrito.

3 EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95, DE 2016, NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Nos exercícios financeiros de 2018 a 2036, os recursos financeiros a serem alocados pela União em ASPS devem ser equivalentes ao valor mínimo referente ao exercício financeiro imediatamente anterior,

160 FERNANDES, Adriana. Economistas divergem sobre a suspensão do teto de gastos como resposta à turbulência global. *O Estado de S. Paulo*, Brasília, 10 de março de 2020. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,economistas-divergem-sobre-a-suspensao-do-teto-de-gastos-como-resposta-a-turbulencia-global,70003227494>>. Acesso em: 21 de maio de 2022.

corrigido pela variação do IPCA, ou de outro índice que possa vir a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior ao que se refere a lei orçamentária, consoante dispõem o inciso II do art. 110, combinado com o inciso II do § 1º do art. 107, ambos do ADCT, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016.

Os dados a seguir especificados sobre a aplicação de recursos financeiros em ASPS foram extraídos do relatório do parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre as contas prestadas pelo presidente da República, relativas aos exercícios financeiros de 2018¹⁶¹ e 2019¹⁶².

Em 2017, o valor mínimo obrigatório alocado pela União em ASPS correspondeu a R\$109,08 bilhões. Já a variação do IPCA entre julho de 2016 a junho de 2017 foi de 3% (três por cento). Assim, procedendo à correção do valor mínimo obrigatório referente ao exercício financeiro de 2017 (R\$109,08) pela variação do IPCA apurada no período indicado (3%), a União deveria aplicar, no mínimo, R\$112,36 bilhões (R\$109,08 bilhões x 1,03 = R\$112,36 bilhões) em ASPS, no exercício financeiro de 2018.

Em 2018, a União aplicou, efetivamente, R\$116,82 bilhões em ASPS, montante 3,97% (três inteiros e noventa e sete centésimos por cento) acima do importe que deveria aplicar de acordo a metodologia acima demonstrada (R\$112,36 bilhões).

Por sua vez, em 2019, a União deveria alocar em ASPS valor equivalente ao importe que deveria obrigatoriamente ter sido alocado em 2018, corrigido pelo IPCA de julho de 2017 a junho de 2018.

161 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo TC 013.643/2019-3. Acórdão 1331/2019 - Plenário. Prestação de contas do presidente da República do exercício financeiro de 2018. Relator: Ministra Ana Arraes. Brasília (DF), 12 de junho de 2019. Disponível em: < <https://sites.tcu.gov.br/contas-do-governo-2018/index.html>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

162 BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo TC 018.177/2020-4. Acórdão 1437/2020 - Plenário. Prestação de contas do presidente da República do exercício financeiro de 2019. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília (DF), 10 de junho de 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/70/D3/B8/51/FC8A2710BBAB5927F18818A8/RELATORIO-CONTAS.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

E, como demonstrado acima, o montante de recursos financeiros que a União deveria alocar em ASPS, em 2018, foi de R\$112,36 bilhões. Já a variação do IPCA entre julho de 2017 e junho de 2018 foi de 4,39% (quatro inteiros e trinta e nove centésimos por cento). Assim, procedendo à correção do valor obrigatório referente ao exercício financeiro de 2018 (R\$112,36) pela variação do IPCA apurada no período indicado (4,39%), a União deveria aplicar R\$117,29 bilhões (R\$112,36 bilhões x 1,0439 = R\$117,29 bilhões) em ASPS, no exercício financeiro de 2019.

Em 2019, a União aplicou, efetivamente, R\$122,27 bilhões em ASPS, montante 4,24% (quatro inteiros e vinte e quatro centésimos por cento) acima do importe que deveria aplicar de acordo a metodologia acima demonstrada (R\$117,29 bilhões).

Comparando a regra estipulada no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição brasileira de 1988 de que a União deveria aplicar anualmente, no mínimo, 15% (quinze por cento) da RCL em ASPS, conforme alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015, e considerando a suspensão da eficácia de seu art. 2º pelo STF, com a atualmente vigente, implantada pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016, para vigorar até 2036, mediante a qual o piso de investimentos passou a ser teto de gastos, corrigido pelo IPCA, é possível verificar que, aproximadamente, R\$3,98 bilhões deixaram de ser alocados em ASPS, em 2018, e R\$13,57 bilhões, em 2019. Isso porque, se estivesse prevalecendo a metodologia estabelecida no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição brasileira de 1988, a União deveria ter alocado em ASPS, no mínimo, R\$120,80 bilhões, em 2018, correspondentes a 15% (quinze por cento) da RCL (R\$805,35 bilhões), ao passo que foram alocados, como demonstrado acima, R\$116,82 bilhões em ASPS; e R\$135,84 bilhões, em 2019, correspondentes a 15% (quinze por cento) da RCL (R\$905,66 bilhões), ao passo que foram alocados, como demonstrado acima, R\$122,27 bilhões em ASPS.

Esses números e essa situação ficam mais bem visualizadas no quadro a seguir, em que os valores estão expressos em bilhões de reais:

ANO	RCL	% DA RCL	MÍNIMO ASPS – CF/88-ART. 198, § 2º, I	VALOR ALOCADO	DIFERENÇA
	(A)	(B)	(C) = (A) x (B)	(D)	(E) = (D) – (C)
2018	R\$805,35	15%	R\$120,80	R\$116,82	R\$3,98
2019	R\$905,65	15%	R\$135,84	R\$122,27	R\$13,57

Esses números explicam por qual motivo o Brasil, em 2019, aparece com **o segundo menor gasto público em saúde em percentual do PIB, conforme relatório divulgado pela** Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Vale dizer, o Brasil gastou 3,8% (três inteiros e oito décimos por cento) do PIB em saúde, superando somente o México (2,7%) e ficando atrás dos países europeus e de vizinhos, como Colômbia (6,0%) e Chile (5,7%). A Alemanha (9,9%), a França (9,3%) e a Suíça (9,3%) são os países com o maior dispêndio de recursos públicos em saúde, comparativamente com o PIB¹⁶³.

No relatório da OCDE é apresentada também a despesa *per capita*, ou seja, por pessoa, com saúde pública, calculada levando em consideração a população, para indicar quanto um país gasta em saúde por habitante. Em 2019, a despesa *per capita* com saúde do governo brasileiro alcançou R\$1.349,00 (mil trezentos e quarenta e nove reais), o que coloca o Brasil na nona posição de uma lista composta por onze países, liderada pelos Estados Unidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *Teto de Gastos* federal implantado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016, pelas razões expostas, revela que, no Brasil, a escolha das prioridades da atuação estatal precisa ser mais bem aquilatada e

163 Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2022/04/14/ibge-gasto-dos-brasileiros-com-sade-privada-mais-que-o-dobro-da-mdia-da-ocde.ghml>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

deve ter como norte o modelo de Estado estruturado pela Constituição brasileira de 1988, de viés social.

Se houvesse melhor escolha das prioridades para a atuação estatal, mormente em época de escassez, medidas como estagnar o montante de recursos anuais a ser destinado para efetivar direitos sociais, como os da educação e da saúde, não seriam necessárias para ajustar as contas públicas federais. Ora, há outras despesas primárias públicas que podem ser reduzidas ou que sequer deveriam existir, a exemplo do fundo eleitoral, cujo importe reservado no orçamento da União de 2022 é de R\$4,9 bilhões.

Com efeito, como se demonstrou, embora os problemas relacionados à eficiência e efetividade dos serviços públicos tenham como causa também deficiências de gestão, o disposto no inciso II do art. 110, combinado com o inciso II do § 1º do art. 107, ambos dispositivos acrescidos ao ADCT pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016, é bastante ruinoso para a efetivação do direito fundamental à saúde. Em realidade, afigura-se como verdadeiro retrocesso social, sobretudo pelo fato de as medidas consubstanciadas no *Teto de Gastos* serem bastantes rígidas, se estenderem por longo prazo e, no caso da saúde, transformarem em teto de gastos o que antes era fixado como piso de investimentos. É que, de acordo com a nova sistemática, considerando que o gasto obrigatório em ASPS a partir de 2018 deve ser o correspondente ao valor do exercício financeiro anterior corrigido pelo IPCA, aumento real de investimentos em ASPS pela União somente será possível se houver correspondente diminuição de despesas em outros segmentos do orçamento federal. Com isso, a progressividade na concretização de direitos sociais deixa de ser observada, na medida em que, como sabido, a correção de valor por índice que mede a inflação não significa aumento real, apenas minora a perda do valor aquisitivo da moeda. Significa dizer: menor quantidade de bens e serviços deixará de ser colocada à disposição dos brasileiros no segmento da saúde a cada ano.

Esse quadro ganha contornos e matizes ainda mais sombrios e carregados, se forem consideradas as históricas e reconhecidas

deficiências brasileiras relacionadas à saúde pública. Nesse particular, sobressai a crônica barreira de acesso aos serviços públicos de saúde, representada pelas longas filas de espera, de modo especial quanto ao atendimento especializado e à realização de exames de diagnóstico e terapia, bem como da falta de fármacos que, a despeito de serem padronizados para uso no SUS, deixam de ser fornecidos aos pacientes por não constarem no estoque das farmácias públicas, o que é causa de inúmeras ações judiciais, gerando o polêmico fenômeno da *judicialização da saúde*, objeto de discussões e trabalhos acadêmicos.

Para esse estado de coisas, contribui o arraigado vício de aprovar emenda constitucional de natureza fiscal ou financeira com a finalidade de consolidar política de governo, e não para consubstanciar política de Estado. Com efeito, reforma constitucional casuística, isto é, inspirada em questão conjuntural, e não estrutural do Estado brasileiro, compromete a consecução de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil – dignidade da pessoa humana, cidadania (fundamentos), erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (objetivos fundamentais).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006. Disponível em: <https://www.academia.edu/39035699/SUS_avancos_desafios?email_work_card=view-paper>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1948]. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). *Introdução ao orçamento público*. Brasília, DF: Enap, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3168/1/Modulo%202%20>

-%20Receita%20e%20Despesa%20Publicas.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Financiamento público de saúde*/ Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo TC 013.643/2019-3. Acórdão 1331/2019 - Plenário. Prestação de contas do presidente da República do exercício financeiro de 2018. Relator: Ministra Ana Arraes. Brasília (DF), 12 de junho de 2019. Disponível em: < <https://sites.tcu.gov.br/contas-do-governo-2018/index.html>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Processo TC 018.177/2020-4. Acórdão 1437/2020 - Plenário. Prestação de contas do presidente da República do exercício financeiro de 2019. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília (DF), 10 de junho de 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/70/D3/B8/51/FC8A2710BBAB-5927F18818A8/RELATORIO-CONTAS.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Raquel. *Perspectivas e limites: concepção liberal de estado, dever de progressividade, proibição de retrocesso social, solidariedade e mínimo existencial*. Disponível em: < <http://raquelcarvalho.com.br/2019/01/06/2019-perspectivas-e-limites-concepcao-liberal-de-estado-dever-de-progressividade-proibicao-de-retrocesso-social-solidariedade-e-minimo-existencial/#:~:text=Por%20outro%20lado%2C%20o%20regime,efic%C3%A1cia%20prestacional%20dos%20direitos%20sociais>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

FERNANDES, Adriana. Economistas divergem sobre a suspensão do teto de gastos como resposta à turbulência global. *O Estado de S. Paulo*, Brasília, 10 de março de 2020. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,economistas-divergem-sobre-a-suspensao-do-teto-de-gastos-como-resposta-a-turbulencia-global,70003227494>>. Acesso em: 21 de maio de 2022.

FRANÇA. Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Organização das Nações Unidas, Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 19 de maio de 2022.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

A PANDEMIA E O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO FINANCEIRO

*Harrison Leite*¹⁶⁴

1 INTRODUÇÃO

O direito financeiro tem por substrato diversos fenômenos que justificam seu estudo: a existência do Estado, suas prioridades, seu grau de desenvolvimento econômico, suas fontes de receitas, os limites dos gastos, os critérios de distribuição de recursos, os princípios que gizam o acréscimo da receita, enfim, reclamam uma plêiade de elementos que formam o **fenômeno financeiro**¹⁶⁵. Seu principal objeto de estudo é o orçamento público, lei que contém a previsão de receita e a fixação de despesa para um período determinado (art. 165, §8º da CRFB)

A presença desses elementos, não raras vezes, afasta o jurista do seu estudo, dado que nem todos se interessam por temas que dizem com receita e despesa públicas, seus consectários lógicos como noções de administração pública e de governo, teorias econômicas e sociais, conhecimento das estruturas institucionais e dos custos de cada ação estatal que produzem resultados nem sempre perceptíveis aos juristas, e, por fim, demandas que envolvem diferentes métodos de investigação, não presentes em outros ramos do direito.

O direito financeiro, assim, volta-se para o estudo da atividade financeira do Estado, que significa a análise detida de quatro fenômenos: receitas públicas, despesas públicas, orçamento público e crédito público. Tudo isso é contemplado numa peça jurídica chamada de orçamento público.

164 Professor de Direito Tributário e Direito Financeiro da UFBA e da UESC. Doutor em Direito Tributário pela UFRGS.

165 Sobre o tema, ver BRITO, Edvaldo. Tributos sinalagmáticos e Contribuições na legislação brasileira. Tese apresentada ao concurso para professor-titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo. USP, São Paulo, 2002, pp. 106 e ss.

No passado recente tinha-se o *conceito clássico* de orçamento. Era neutro, passivo e visto como simples peça que contemplava a previsão da receita e a fixação das despesas. Composto de aspectos apenas contábil e financeiro, o orçamento clássico velava, sobretudo, para o equilíbrio entre as receitas e as despesas, sem se importar com um dirigismo de promoção de políticas públicas ou de redução de desigualdades sociais.

No entanto, com a crise econômica do capitalismo na década de 30, houve mudança desse entendimento com as teorias econômicas de John Keynes, que defendia orçamentos deficitários a fim de que o Estado pudesse aportar em investimentos públicos, gerando o pleno emprego e combatendo as crises cíclicas do capitalismo.¹⁶⁶ A premissa keynesiana conduziu à conclusão de que em determinadas circunstâncias, de depressão econômica, por exemplo, se justificava que o Estado tivesse déficit orçamentário, dado que isso serve como fator de equilíbrio ou compensador das tendências depressivas.¹⁶⁷

Contudo, com o agravamento da crise da dívida pública no final dos anos 70, o equilíbrio foi retomado, agora não mais de modo informal e não escrito, mas em forma normativa, a ser exigida tanto legal quanto moralmente. Aqui chega-se à Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00), em que foram trazidos de volta temas como critérios para a renúncia de receitas, controle da dívida pública, diminuição do tamanho do Estado, dentre outros, que passaram à ordem do dia,

166 TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 53-54. “A teoria econômica de Keynes é que, ao se opor às ideias clássicas nas finanças públicas, passou a recomendar os orçamentos anticíclicos e deficitários nas épocas de recessão, para possibilitar o pleno emprego e a conquista do equilíbrio econômico geral” In TORRES, *ibidem*, p. 283. Afirma Dino Jarach: “A doutrina Keynesiana dos efeitos da expansão dos gastos públicos para reativar a economia e do efeito multiplicador dos ditos gastos para a ocupação e o nível do ingresso nacional, especialmente quando e prova o seu financiamento através do endividamento ou da emissão de moeda, tem enfatizado a ideia de que a política fiscal de expansão depende essencialmente do déficit orçamentário”. In JARACH, Dino. Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2ª. Ed, 1996, p. 90.

167 VILLEGAS, Héctor B. Manual de Finanzas Públicas. Depalma: Buenos Aires, 2000, p. 383.

para que o desejado equilíbrio fosse possível, sem perder o apelo nas soluções dos problemas sociais.

No entanto, com a Pandemia e com a calamidade pública dela decorrente, novamente voltou-se à tese do desequilíbrio orçamentário que, em regra, só pode ser aplicada em momentos da emergência, dado que, passada a turbulência, o equilíbrio deve ser progressivamente restaurado.

Com essas despesas extraordinárias obrigatórias, o direito financeiro viu-se na necessidade de se amoldar à concretização das normas constitucionais que pregam, para além do equilíbrio, a proteção de diversos valores éticos, dentre eles a redução das desigualdades e a proteção da dignidade da pessoa humana, como premissas acima de todas as outras. Viu-se não ser possível pregar um direito financeiro cego à realidade econômica vivenciada na pandemia.

Essa reinvenção do direito financeiro é que será objeto desse breve ensaio.

2 DA ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

O orçamento público, lei que contém a previsão de receita e a fixação de despesa para um período determinado, é instrumento dos mais importantes para a democracia. Nele se consagram as fontes de receita do Estado, com observância dos seus limites de arrecadação, e se fixam as prioridades de gastos governamentais, com o seu forte dirigismo interventivo assistencial e redistributivo de riquezas.

Indiscutível, portanto, que o Estado precisa de recursos para satisfazer as necessidades públicas, as quais, por opção política, lhe são atreladas por vínculo de direito natural ou de direito positivo, e o Estado se comprometeu a atendê-las.

A satisfação dessas necessidades implica **gastos públicos**, que possuem importante papel na atividade financeira do Estado. É que ao prestar serviços, ou comprar bens para distribuí-los entre os destinatários, o Estado torna-se importante personagem na demanda global de bens e serviços, convertendo-se em elemento central da

economia de mercado, para além dos efeitos redistributivos que podem ser alcançados através de determinadas políticas públicas.

Por outro lado, para que preste serviços públicos, o Estado precisa obter **recursos públicos** oriundos de diversas fontes, dentre elas, de tributos, venda de bens e serviços no mercado, emissão de moeda, empréstimos públicos, dentre outros, a fim de obter o poder de compra para efetuar os gastos. E essa relação deve ser bem pensada, a fim de que haja equilíbrio entre as obrigações assumidas e as receitas possíveis de serem carreadas.

As receitas estimadas e as despesas previstas pelo Estado devem ser meticulosamente analisadas e geridas através de um **orçamento público**. Orçamento, aqui, na sua visão geral, como fenômeno comum e normal que toda pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, tem de planejar. Um orçamento planejado e equilibrado é essencial para o crescimento do Estado, tendo em vista que o crescimento exponencial da despesa, sem o acompanhamento no crescimento da receita, gera enormes distorções econômicas, com a consequente crise fiscal e empobrecimento estatal.

Fato é que nem sempre a receita arrecadada é suficiente para custear os gastos do Estado, mormente dado ao endividamento acumulado historicamente. Nesse caso, poderá o Estado obter empréstimos públicos, também chamados de **créditos públicos**, com o fim de melhorar o equilíbrio entre receitas e despesas e impedir, com isso, que serviços essenciais não sejam prestados e que direitos fundamentais sejam violados.

O conjunto que envolve esses quatro fenômenos, quais sejam, receitas públicas, despesas públicas, orçamento público e crédito público chama-se **atividade financeira do Estado**.

Essa atividade financeira coincide com a própria atividade essencial do Estado, que é a promoção do bem comum, alcançada com a busca e a aplicação dos recursos financeiros com o intuito de atender às necessidades coletivas públicas. Logo, as necessidades que o Estado deve satisfazer como consequência de sua existência enquanto

organização humana e pelos fins que persegue, restam corporificadas em normas jurídicas tornando-se necessidades públicas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova visão na imanência do Estado, dando-lhe um mister inseparável, que é o dever de proteger a dignidade humana dos seus cidadãos. Esse dever é veiculado numa norma jurídica, tornando-se um dever legal, estando sob a égide do direito público. Como deriva da lei constitucional, está adstrita ao campo da legalidade, de modo que a Administração Pública não desfruta de liberdade para satisfazê-las ou não.

Mas houve um longo caminho para a concretização dos novos valores constitucionais. No ponto, conhecer a evolução do orçamento ajuda na compreensão do tema.

3 EVOLUÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO

No passado, o orçamento público apresentava as seguintes características: (i) *neutralidade*, como resultado do princípio da abstenção da intervenção do Estado e da ideia de que a ordem natural das coisas não deveria ser perturbada por quaisquer iniciativas estatais ou públicas; (ii) *improdutividade*, pois que o Estado estaria longe de ser um agente econômico (como os outros): consumia, não produzia. Daí que o orçamento se limitava a ser um ‘ato de administração’, um ‘orçamento da administração’; e (iii) *equilibrado*, ideia esta que se tornou depois em ‘regra de ouro’ das finanças clássicas¹⁶⁸.

Em seguida, no início do século XX, partiu-se para uma *concepção moderna* do orçamento, tido, agora, como lei que programava a vida financeira do Estado, permitindo-se até mesmo haver endividamento, em atenção, sobretudo, aos interesses públicos da sociedade. Assim, toda vez que não era possível se alcançar o equilíbrio fiscal no orçamento, ou seja, quando as despesas públicas não eram cobertas pela totalidade da receita arrecadada, havia necessidade de o

168 MUZELLEC, R. *Notions Essentielles de Finances Publiques*, 2^a ed., Sirey, 1979, pp. 33 e 34.

orçamento contemplar modalidades de cobrir o déficit, apelando aí para os empréstimos públicos, aqui chamados de crédito público.

A partir da década de trinta, no entanto, em virtude da grande depressão e das crises seguintes, sentiu-se a necessidade de se repensar o orçamento e promover alterações em sua estrutura. Assim, diferentemente das características anteriores, agora o orçamento passou a ser a) intervencionista, posto que incitava reformas e induzia a programação; b) produtivo, dado que suas despesas são importantes para a atividade econômica; e c) desequilibrado, tendo em vista que, a grave crise financeira conjuntural, permitiu-se pôr na prática as ideias de J Keynes, de sorte que era possível ao Estado endividar-se para evitar maior colapso na economia.

Ocorre que, após as propostas exageradas de gastos de bem-estar social, adotadas ao tempo da política keynesiana¹⁶⁹, retornou-se para uma ideia de equilíbrio, mas não aquele puramente contábil, entre receitas e despesas, mas um equilíbrio responsabilmente gerido, que admite déficits tolerados para se implantar políticas públicas, que permitirão, a médio e a longo prazo, administrar os empréstimos, pagando-se os juros desse crédito.

Com essa evolução e aprimoramento, pôde-se entender o orçamento público como uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado, discriminando detalhadamente as obrigações que deva concretizar, com a previsão concomitante dos ingressos necessários para cobri-las, vocacionada a orientar a vida econômica de um país, sempre em atenção ao bem maior que é a proteção dos direitos fundamentais, ainda que para isso haja necessidade de desequilíbrio fiscal.

E nada melhor para aplicar esse entendimento em tempos de Pandemia. É que, com o surgimento de despesas imprevisíveis, o fechamento das atividades econômicas, a redução dos eventos tributáveis, a postergação no pagamento de tributos, o desemprego, dentre outros acontecimentos, o orçamento teve de se reinventar

169 TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. vol. V - O Orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 119.

como ferramenta de distribuição de recursos para os mais carentes, ainda que sem lastro em receitas ordinárias.

Não por outra razão que Ricardo Lobo Torres adiantou-se em afirmar que o orçamento público é o “[...] documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”¹⁷⁰.

Esse novel entendimento é decorrente da influência constitucional em seu torno. A pandemia, como nenhum outro evento, demandou compreensão orçamentária para além do que até então era visto, de sorte a justificar forte desequilíbrio estatal para atenção dos mais carentes, numa redefinição dos conceitos de equilíbrio, sustentabilidade e financiamento intergeracional.

A Constituição Federal serviu de parâmetro para a nova construção orçamentária decorrente da crise instalada.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIRIGISMO FINANCEIRO

Inegável afirmar a relação da atividade financeira com as políticas públicas de qualquer país. Até porque é através da atividade financeira (i) que as prestações civilizatórias são obtidas; (ii) que há distribuição mais republicana da imposição arrecadatória; (iii) que se dirige os gastos públicos àquela parcela que mais os necessita, e (iv) que se permite o endividamento público de modo adequado, em prol da sociedade e com os olhos voltados para o compromisso intergeracional do sistema de crédito¹⁷¹.

170. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. Teoria dos direitos fundamentais. Ricardo Lobo Torres (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 282-283.

171 SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.36.

Não por outra razão que toda atividade financeira tem como pressuposto uma orientação governamental em certo sentido, de sorte que as escolhas para arrecadar e para gastar são feitas em função de ideias preconcebidas por cada governo, e são definidoras das políticas públicas, pois são elas que modelam a sociedade, pautadas no bem-estar, progresso, solidariedade, redução de desigualdade, pleno emprego, dentre outros.

Essa atividade é responsável por selecionar os gastos e arrecadar as receitas da população, possuindo, para tanto, a maior parte dos recursos disponíveis. É dizer: o Estado é a pessoa jurídica que dispõe da maior receita e, por conseguinte, da maior capacidade de dispêndio, de sorte a poder, por esta via, praticar a justiça, tanto na arrecadação (capacidade contributiva), quanto na despesa (capacidade receptiva).

No ponto, a Constituição Federal de 1988 foi célebre ao vincular as receitas públicas à proteção de direitos fundamentais, notadamente à saúde e à educação, retirando certa margem de discricionariedade na elaboração de políticas públicas, e dirigindo todas as políticas a mirarem o objetivo fundamental da nação que é a redução das desigualdades sociais.

Ora, como está comprovado que a educação é o principal instrumento para aumento da produtividade e da diminuição da desigualdade, tanto dentro de um país, quanto entre países distintos¹⁷², recebeu ela, ao lado da saúde, tratamento especial do legislador constitucional.

Com esses elementos, patente a necessidade de se estudar a correta compreensão de políticas públicas, tema cotidianamente afastado dos estudos jurídicos, e que tem no direito financeiro o seu principal ponto de ligação. Direito financeiro, conforme se percebe, é o ramo que melhor necessita dialogar com políticas públicas, pois ajuda a preencher os espaços que outros ramos deixam vazios.

Como se verá, pode-se dizer que a Constituição implantou verdadeiro dirigismo financeiro, ao definir prioridades orçamentárias,

172 PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 28.

desde o seu preâmbulo, bem como os seus fundamentos (art. 1º, III da CRFB) e objetivos (art. 3º, III da CRFB), onde se incluem a erradicação da pobreza e o desenvolvimento equilibrado e sustentável, atrelado aos princípios das ordens econômica e social.

Ressalte-se que a redução das desigualdades regionais, além de ser um objetivo da República Federativa do Brasil, está presente em diversos momentos do texto constitucional, desde quando trata da Região (art. 43, § 2º da CRFB), ordem econômica (art. 170, VII da CRFB), ordem social (art. 193), cultura (art. 215), desportos (art. 217, IV e §3º), desenvolvimento científico (art. 218), meio ambiente (art. 225, I, II e III), a Zona Franca de Manaus (art. 40 do ADCT), dentre outros.

Não por outra razão que o art. 165, § 7º da CRFB adverte que as leis orçamentárias devem ser compatibilizadas com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, de modo que cumpra a função de reduzir as desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

Desse modo, todas as políticas públicas a serem criadas e executadas devem observar os imperativos constitucionais, dentre eles o de redução das desigualdades, consistindo num verdadeiro dever, a ser perseguido por todos os entes federativos. Por isso pode-se dizer que o direito financeiro, embora instrumental, não é insensível aos valores nem cego para com os princípios jurídicos¹⁷³. Tanto as receitas quanto as despesas movem-se em ambiente axiológico, visto que toda política pública orçamentária deve ser impregnada dos valores éticos e jurídicos direcionados pela Constituição.

Nessa linha, tem-se que políticas públicas possuem profunda relação com o fenômeno financeiro, ou com a decisão financeira de alocação de recursos, e, portanto, com o direito financeiro. Até porque, a efetividade dos direitos não pode ser alcançada se forem ignorados os custos necessários à sua implementação.

Por isso se afirma que “o relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para

173 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. V: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109.

a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário”¹⁷⁴. Os temas são indissociáveis.

Nesse ponto, o grande desafio do direito financeiro é conciliar a receita e a despesa públicas, quando da elaboração do orçamento, com as lentes voltadas para a dignidade da pessoa humana e para a erradicação da pobreza e redução das desigualdades. Tudo isso sem descuidar da responsabilidade fiscal, que dá nova roupagem ao equilíbrio orçamentário, aproximando-o de uma sustentabilidade com foco no compromisso intergeracional.

Em que pese o equilíbrio, os objetivos e os fundamentos constitucionais não passam de imposições constitucionais, de superioridade hierárquica com outras normas, não negociáveis diante da teoria dos custos dos direitos.

Nesse sentido, alerta Fernando Scaff:

Em países como o Brasil, com grandes desigualdades socioeconômicas, é necessário dirigir o direito financeiro para suplantar estas desigualdades, sem o que a democracia já alcançada não se expandirá e pessoas permanecerão como reféns em ilhas de *igualdade* criadas em condomínios, escolas particulares, planos de saúde privados e *shoppings centers*, tudo sob os olhos da segurança privada. É preciso redirecionar os estudos sobre a arrecadação e os gastos públicos para redução das desigualdades sociais a fim de que seja possível implementar efetivamente a república e, só assim, conseguir ampliar a democracia.¹⁷⁵

174 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. V: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 110.

175 SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.36.

Para tanto, inegável a importância de entender, não apenas do conceito dos direitos fundamentais, mas, sobretudo, de que os graus de sua realização dependem de uma análise séria da atividade financeira do Estado a que estão relacionados.

5 A PANDEMIA E SEUS REFLEXOS NO ORÇAMENTO

O mundo presenciou de modo atônito a pandemia do Covid-19 no início do ano de 2020. No Brasil não podia ser diferente. De início, foi declarado pelo Congresso Nacional o estado de Calamidade Pública, através do Decreto Legislativo n. 06/2020, subsunção essa que não restou qualquer dúvida¹⁷⁶. Eis o seu teor do seu art. 1º:

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Tal se deveu à velocidade com que o vírus de esprou de sorte a comprometer assustadoramente a infraestrutura hospitalar do Sistema Único de Saúde (SUS). Esse fato revelou mais ainda a importância do direito financeiro na solução de problemas que demandam reflexos na

¹⁷⁶ O Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados a Mensagem Presidencial n. 93/2020, com o seguinte teor: “Solicito a Vossas Excelências o reconhecimento de estado de calamidade pública com efeitos até de 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da Covid-19 declarada pela Organização Mundial da Saúde, com as consequentes dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal”

economia, dado que os seus diversos instrumentos servem de baliza para a tomada de decisões.

Por esta razão, diversas alternativas foram tomadas em sede de direito financeiro, dado que, tudo que diz respeito à receita, despesa e operação de crédito (empréstimo) está intrinsecamente ligado a este ramo.

Do ponto de vista creditício, as medidas foram: (i) linha de crédito emergencial para financiar a folha de pagamento de pequenas empresas pelo período de dois meses, limitado até 2 salários mínimos, nos termos da MP n. 944/2020; (ii) Linha de Crédito Proger Urbano Capital de Giro, no âmbito do Proger Urbano, nos termos da MP 944/2020; (iii) Linha de crédito especial com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento do Norte (FNO), do Nordeste (FNE) e do Centro-Oeste (FCO), nos termos da Resolução 4.798 do BACEN.

Do ponto de vista tributário, com nítido reflexo nas receitas públicas, houve: (i) Prorrogação por 90 dias a validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEND), a contar da publicação da portaria - Portaria Conjunta nº 555/2020; (ii) PIS e COFINS - Competências março e abril de 2020 postergadas para julho e setembro de 2020, respectivamente - Portaria nº 139/2020; (iii) Contribuições ao Sistema S - Reduções das alíquotas em 50% até 30 de junho - MP 932/2020; (iv) Apresentação da DCTF, previstas para serem entregues em abril, maio e junho de 2020 postergadas para o 15º dia útil do mês de julho de 2020 - Instrução Normativa nº 1.932/2020; (v) FGTS - Fica suspensa a exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente - Medida Provisória nº 927/2020; (v) INSS patronal - Competência de março e abril de 2020 postergadas para julho e setembro de 2020, respectivamente - Portaria nº 139/2020; (vi) Imposto de Importação - Altera para 0% a alíquota do Imposto de Importação de produtos médicos, hospitalares e de limpeza usados no combate

ao COVID-19, até 30/09/2020 - Resolução CAMEX nº 17/2020; (vii) IOF - Redução da alíquota do IOF em operações específicas, conforme art. 1º do Decreto - Decreto nº 10.305/2020; (viii) Reduziu temporariamente a zero por cento as alíquotas do IPI incidentes sobre diversos produtos que auxiliam no combate ao coronavírus (COVID-19) - Decretos nº 10.285/2020 e 10.302/2020; (ix) Prazos e processos administrativos - Suspendeu prazos para impugnação, recurso, manifestação e ofertada antecipada em execução fiscal por 90 dias e deixará de instaurar novos procedimentos de cobrança, de encaminhar certidões da dívida ativa (CDAs) para cartórios de protesto e de instaurar procedimentos de exclusão de parcelamentos em atraso - Portaria PGFN nº 7.821/2020; (x) Simples Nacional - Prorrogação do prazo para pagamento dos tributos apurados no âmbito do Simples Nacional, dos períodos de apuração de março, abril e maio de 2020, para os meses de outubro, novembro e dezembro de 2020, respectivamente para os tributos federais e prorrogados para os meses de julho, agosto e setembro de 2020 para o ICMS e o ISS - Resolução CGSN nº 154/2020; (xi) SPED EFD Contribuições - Apresentação da EFD Contribuições, previstas para serem entregues em abril, maio e junho de 2020 - Instrução Normativa nº 1.932/2020; (xii) Transação Extraordinária de débitos - Estabelece as condições para transação extraordinária na cobrança da dívida ativa da União, em função dos efeitos do coronavírus (COVID-19) na capacidade de geração de resultado dos devedores inscritos em DAV - Portaria PGFN nº 7.820/2020

Do ponto de vista da despesa pública direta com entes federativos, houve: (i) abertura de crédito extraordinário para custear ações de combate ao vírus¹⁷⁷; (ii) Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido

177 MP n. 924/2020, que abriu crédito extraordinário no valor de R\$ 5,099 bilhões de reais em favor dos Ministérios da Educação e da Saúde para custear ações de combate ao coronavírus.

pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), a Medida Provisória MP 938/2020; (iii) Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), através da LC 173/2020, com a finalidade de a União dar apoio financeiro aos entes federativos em razão da emergência decorrente da Pandemia; e (iv) Emenda Constitucional n. 106, que criou um orçamento paralelo para tratar dos gastos e da flexibilidade do equilíbrio para combate ao *coronavirus*.

Portanto, medidas de desequilíbrio fiscal foram patentes no combate à pandemia, exceção que se dá justamente como medida de, em momentos de depressão econômica, ser possível valer-se das exceções para todos os tipos de alternativas à proteção dos menos favorecidos e da busca da proteção da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, a grave crise oriunda da pandemia COVID-19 do ano de 2020, repetida em 2021, fez com que países do mundo todo se endividassem, não para investimentos, mas para a aplicação de políticas anticíclicas, a fim de que o gasto público fosse multiplicador e acelerador do crescimento econômico.

Esse gasto acima do esperado fará com que o orçamento brasileiro fique por muitos anos em desequilíbrio, dado que o Estado renunciou receita, fez gastos com custeio e compensou diversas perdas de receita de entes federativos, tudo sem fonte corrente de custeio, dada a política inversa para combater a grave crise econômica instalada por conta da calamidade pública reconhecida.

E nisso não há nenhum demérito ou erro, ao contrário, acerto das políticas orçamentárias em atender a capacidade receptiva na distribuição dos recursos para quem dele mais necessita.

Em tudo isso, depreende-se que o direito financeiro, apegado a um equilíbrio de receita e despesa, transformou-se no ramo que se preocupa muito mais em como cuidar da receita justa e do gasto justo. Equilíbrio orçamentário não pode ser um fim em si mesmo. Depende mais da conjuntura econômica e menos de aspectos jurídicos. É parâmetro com vistas a atrair a responsabilidade no gasto público e,

com isso, evitar políticas desastrosas e sem compromisso com a sua sustentabilidade. Até porque o foco de atenção e proteção de todo o direito financeiro é sempre o homem e não o equilíbrio entre receita e despesa.

Na proteção do indivíduo, e com vistas a evitar o retrocesso social, tolera-se o orçamento deficitário, mas sempre buscando uma gestão eficiente e responsável com vistas ao retorno do equilíbrio sempre almejado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conceitos iniciais em torno do orçamento público convergiam para uma concepção da atividade financeira de modo meramente instrumental, mormente em decorrência do tratamento dado à lei orçamentária, historicamente chamada como “lei de meios”. Tal era a sua aceção no momento anterior à Constituição de 1988, em que a lei orçamentária era lei meramente formal, de modo que o Congresso em nada poderia interferir no seu conteúdo, modificando-o, mas tão-somente aprová-la, rito modificado com a nova Carta¹⁷⁸.

As Constituições pretéritas também eram lacônicas sobre o orçamento, preocupando-se muito mais com o processo legislativo da sua aprovação do que com o seu conteúdo.

Sucedendo que, com a Constituição de 1988, houve clara mudança no tratamento dado ao conteúdo das finanças públicas, de modo que a atividade financeira não pôde mais se circunscrever a uma atividade-meio, como mero instrumento de arrecadação de receita pública, para subsidiar determinados gastos, através de uma orçamentação pública que analisa a necessidade de empréstimos públicos, quando as receitas próprias não forem suficientes. A atividade financeira vai muito além.

178 O art. 166, § 3º da CRFB/88 traz a possibilidade de emendas ao orçamento feitas pelo Congresso Nacional.

A leitura dada pela Constituição de 1988 ao tema reclama nova direção à atividade financeira, que não pode estar alheia aos fins constitucionais, uma vez que estes se tornam fins do próprio Estado, que, por sua vez, deve buscar a sua efetivação. A leitura do artigo 1º da CRFB/88, que informa os fundamentos da República Federativa do Brasil, conjugado com o seu art. 3º, que determina os seus objetivos, revela que se tratam de normas com efetividade reclamada no Estado Democrático de Direito, para o qual o direito financeiro não é mero instrumento do seu alcance, senão o tema central do seu estudo.

Logo, o fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana, o objetivo fulcral de erradicação da pobreza e da marginalização, o fim de redução de desigualdades, a proteção da educação com percentuais mínimos de aplicação da receita, a defesa da saúde como prioridade e vinculação orçamentária, o acesso à justiça de modo gratuito para os desvalidos, a intervenção estatal em hipóteses pré-definidas, a escolha do modelo de financiamento do Estado de acordo com a capacidade econômica dos envolvidos, tudo isso é possível através da prestação de serviços públicos, da distribuição gratuita de bens, de políticas redistributivas de renda, dentre outros temas, o que coloca a atividade financeira do Estado no centro de atenção da complexa atividade conciliatória entre limites de receita, escolhas de gastos e prioridades constitucionais.

O seu caráter meramente instrumental cede diante da sua finalidade que é cumprir os fins e os valores constitucionais¹⁷⁹. Pode servir de instrumento em alguma situação específica, mas no seu conjunto não é ele apenas instrumental. Como afirma Heleno Torres, “o direito financeiro pode ter caráter instrumental em diversas

179 Rezam o art. 5º da CRFB/88, inciso XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”; “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

situações, mas isso não autoriza afirmar que toda a atividade financeira do Estado tenha esta natureza e seja desprovida de fins próprios”.¹⁸⁰

Foi justamente da noção de mera instrumentalidade, e do seu sincretismo com outras ciências e ramos do direito, que sua autonomia restou fragilizada. No entanto, agora é reivindicada, como ramo autônomo decorrente do atual modelo Constitucional que reclama um Estado atuante na busca dos fins que lhe foram impingidos.

Dessa forma, a atividade financeira do Estado volta-se para a concretização dos direitos fundamentais, pautada na premissa da sua autoaplicabilidade¹⁸¹, a proteção do mínimo existencial¹⁸², a vedação de retrocesso dos direitos sociais até então conquistados¹⁸³, tudo com vistas à efetividade do conteúdo material da Constituição, pois ao final e ao cabo, esse é o fim do próprio Estado.

Uma atividade financeira que não interaja com esses fins não é a imposta na Constituição Federal de 1988.

180 TORRES, Heleno. P. 64.

181 Sobre a autoaplicabilidade das normas constitucionais, DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 88-101.

182 Sobre o tema, ver: TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidade e Isonomia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005. p. 168-215.

183 Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 457.

REFERÊNCIAS

BRITO, Edvaldo. *Tributos sinalagmáticos e Contribuições na legislação brasileira*. Tese apresentada ao concurso para professor-titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Universidade de São Paulo. USP, São Paulo, 2002.

JARACH, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 2ª. Ed, 1996.

MUZELLEC, R. *Notions Essentielles de Finances Publiques*, 2ª ed., Sirey, 1979.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume V: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A cidadania multidimensional na era dos direitos. Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VILLEGAS, Héctor B. *Manual de Finanzas Públicas*. Depalma: Buenos Aires, 2000.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

A LIBERDADE ECONÔMICA E SEUS REFLEXOS NO LICENCIAMENTO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS PELOS MUNICÍPIOS

*Helton Kramer Lustoza*¹⁸⁴

*Rafael de Lazari*¹⁸⁵

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.874, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, a qual trouxe uma série de alterações para a economia nacional e no direito municipal. Além de se autointitular na condição de norma geral de direito econômico - sendo, neste caso, competência federal -, a Lei nº 13.874/2019 expõe, em seu art. 2º, os princípios norteadores de seu texto:

184 Procurador do Estado do Paraná; Doutorando em Direito Tributário pela Universidade de Marília - UNIMAR; Mestre em Direito Constitucional pela UNIBRASIL, com estudos na UFPR; Especialista em Direito Tributário; Especialista em Processo Civil; Professor da Universidade Paranaense - UNIPAR, Professor da Pós-Graduação Universidade Positivo; Professor convidado do COTEF-RJ, ESAF e ESA-OAB; Presidente da Comissão da Advocacia Pública da OAB-PR - Subseção Umuarama; Autor do livro *Advocacia Pública em Ação*, Impostos Municipais para concurso e Coautor do livro *Tributos em espécie*, pela editora JusPodivm; Autor do livro *Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial*, pela editora Ithála; - www.heltonkramer.com

185 Advogado, consultor jurídico e parecerista. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, Aprovação PGE, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia e de Cursos preparatórios para concursos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, G7, Vipjus, IED, Vocação Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas, no Brasil e no exterior. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado¹⁸⁶.

Fica claro que esses princípios têm por finalidade nortear a diminuição da intervenção e da presença do Estado nas atividades privadas, com regras e princípios que asseguram a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica.

A função social da empresa e a liberdade econômica são dois postulados muito importantes no cenário econômico nacional, o que deve ser fortalecido pelo ordenamento jurídico. E atualmente, a liberdade econômica assumiu importante *status* jurídico, em razão da alteração do perfil político, econômico e ideológico introduzida no país após o advento da Constituição de 1988, bem como sua respectiva relevância para o desenvolvimento econômico nacional.

A Constituição Federal de 1988, ao traçar os parâmetros da Ordem Jurídico-Econômica brasileira, limita a intervenção do Estado no domínio econômico. Assim, uma das metas da ordem econômica constitucional é o desenvolvimento econômico, que, na verdade, configura condição da justiça social - dado que não é possível assegurar a todo o povo uma vida digna se a produção nacional não atingir grau elevado. Neste sentido, explica Gilberto Bercovici:

A reserva de lei, prevista no artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, é a garantia constitucional da iniciativa econômica privada, que é protegida contra uma eventual possibilidade de arbítrio por parte do Estado. A regulamentação

186 BRASIL. **Lei de Liberdade Econômica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mai. 2022.

econômica do Estado cria a ordem pública econômica, o que permite a coexistência da liberdade de iniciativa econômica privada com as exigências da atuação estatal na economia. A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada. Portanto, a liberdade de iniciativa econômica é a liberdade de exercer uma atividade econômica em determinadas condições, objetivadas pela organização jurídica do sistema econômico nacional¹⁸⁷.

É fato notório que o Brasil é um ambiente pouco atraente para empreendimentos em razão da alta carga tributária e o excesso de burocracia, especialmente na abertura de novas empresas. E desde a década de 90, incentivado pelo Estado Gerencial, o país vem, continuamente, sendo influenciado para buscar a desburocratização e proporcionar maior fluidez à abertura e criação de novos negócios. Diante deste cenário é que foi publicada a Lei de Liberdade Econômica, trazendo alterações a diversas outras legislações, como a Lei das Sociedades Anônimas, Código Civil, Leis trabalhistas e - também - a Lei de Registros Públicos.

Quanto à missão desta legislação em reduzir a burocracia nas atividades econômicas, melhorando o ambiente de negócios brasileiro, não há o que criticar. O que se visa analisar no presente artigo é a dispensa do alvará de licença e funcionamento para o desenvolvimento de atividades econômicas consideradas de baixo risco, bem como a constitucionalidade da limitação da atividade fiscalizatória municipal.

Procurou-se estudar as características da liberdade econômica e até que ponto a Lei nº 13.874/2019 poderia alterar a competência constitucional dos Municípios no campo da fiscalização da atividade econômica local. Embora a própria lei ressalve sua aplicação ao

187 BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 128.

direito tributário e urbanístico, diversos dispositivos legais dela trazem impacto bastante significativo no poder de polícia municipal e no controle do funcionamento das empresas.

Com a inexistência de licenciamento prévio das atividades econômicas de baixo risco, o agente econômico teria total liberdade de atuação, ficando sujeito somente a uma fiscalização posterior. Isso significa que para empresas que se enquadrem como atividade de baixo risco inexistem um controle fiscalizatório no momento inicial do empreendimento quanto ao cumprimento das normas de proteção ao meio ambiente, regras urbanísticas, administrativas (segurança do imóvel) e tributárias.

Já existem alguns questionamentos acerca da constitucionalidade da presente legislação, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.156, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF). Dentre outras questões, discute-se a limitação da competência municipal no exercício do poder de polícia na expedição do chamado “alvará de funcionamento”, abolido para as atividades de baixo risco. Em razão disso, existe uma necessidade premente de analisar se esta lei afronta ao Princípio Federativo, bem como se a Lei da Liberdade Econômica se enquadra como “norma geral em matéria de direito econômico”, gerando obrigação de obediência pelos Estados e Municípios.

Além da polêmica disposição de aplicação de rol de atividades de baixo risco previstas em regulamento federal (em detrimento da lei municipal), tem-se que a competência constitucional de fiscalização de atividades econômicas locais foi usurpada por uma legislação ordinária.

Em suma, esta pesquisa reflete uma reflexão sobre a Lei de Liberdade Econômica e seus impactos na atividade de polícia administrativa municipal.

I A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E A DESREGULAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO

Torna-se necessário identificar o tratamento que a Constituição Federal de 1988 fornece ao princípio da liberdade econômica, tendo em vista que vem trazer um novo referencial para o ordenamento jurídico brasileiro. A atual ordem constitucional não se resume a meras normas que fixam competências e ordenam o poder estatal; vai além disso, enunciando metas, programas a serem realizados pelo Estado.

Observe-se que a Constituição da República de 1988, ao estabelecer os princípios da ordem econômica, mostra uma especial preocupação com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa. Isso, segundo Luís Roberto Barroso, demonstra o comprometimento que o texto constitucional teve para com a melhoria da condição social¹⁸⁸. Basta analisar que, apesar da ordem capitalista vigente reconhecida pelo princípio da livre iniciativa, tem-se como prioridade a justiça social.

Constata-se que o neoconstitucionalismo brasileiro adotou um sistema de valores híbridos, no qual conciliou elementos historicamente antagônicos, conforme consta do *caput* do art. 170, “valorização do trabalho humano” e “propriedade privada”, bem como “busca do pleno emprego” e “livre iniciativa”¹⁸⁹. É neste sentido que

188 “A Constituição de 1988 cuidou de concretizar o princípio da valorização do trabalho em regras concentradas em seu art. 7º, onde se pode encontrar um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. O elenco que ali figura não exclui outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, nos termos expressos do *caput* do mesmo artigo. O constituinte prestigiou, nessa mesma linha, o trabalho dos autores e inventores, através das garantias do direito autoral (art. 5º, XXVII) e da proteção patentária (art. 5º, XXIX), e daqueles profissionais que participam de espetáculos públicos ou de obras coletivas (art. 5º, XXVIII). O fundamento da proteção ao trabalhador e da valorização do trabalho encontra-se na própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50).

189 Cf. BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202.

o Supremo Tribunal Federal interpretou a liberdade econômica no âmbito de uma conotação de socialização dos direitos:

O princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada¹⁹⁰.

O modelo constitucional implantado pela Carta Magna de 1988 possibilita que dele se extraia um parâmetro de justiça, na medida em que o seu texto oferece ideias de justiça social que fundamentam a atuação do Poder Público e dos particulares. É evidente que a Constituição Federal de 1988 incorporou uma ideologia solidária ou providencial, mas o operador do direito precisa ir além desse entendimento, na medida em que se torna necessário encontrar a legitimidade para que o Estado pratique condutas em nome dessa solidariedade. Com isso, exige-se um maior comprometimento das instituições públicas e dos operadores jurídicos com o objetivo de promover a mudança da realidade, mediante a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados.

Luiz Carlos Bresser-Pereira retrata que, na década de 80, vários países apresentaram redução nos índices de crescimento econômico, aumento do desemprego e elevação da inflação. Após vários estudos, chegou-se à causa da crise dos desequilíbrios na América Latina e no Leste Europeu: era uma crise do Estado, que não suportava a sobrecarga de demandas que foram colocadas sob seu encargo. Diante dessas crises fiscais, os países, principalmente os latino-americanos, entraram em uma encruzilhada, a saber, ou começariam a tomar medidas de forma a reduzir drasticamente seu déficit público ou continuariam prisioneiros da crise fiscal que então tendia a se

190 ARE 1.104.226 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 27-4-2018, 1ª T, DJE de 25-5-2018.

transformar em hiperinflação. Com isso, o autor afirma que a solução adotada foi a reformulação no papel do Estado, que assim deve se desenvolver:

[...] a coordenação da economia, contudo, deve ser mista. Cabe ao mercado o papel básico de alocação de recursos, mas o Estado, após ter sido reformado e após o ajuste fiscal, deve assumir novas e importantes funções de coordenação não apenas no campo social, mas também na área de tecnologia e do comércio internacional, além de continuar a ser o principal responsável pelos investimentos em infraestrutura¹⁹¹.

A ideia era de que houvesse uma ampla reforma estrutural do Estado, a fim de diminuir suas funções, e manter sob a titularidade estatal somente aquelas atividades indispensáveis à sociedade. O objetivo das reformas estruturais não é atingir o Estado mínimo, mas reduzi-lo e definir uma nova estratégia de desenvolvimento, consistente com as novas realidades econômicas internacionais, inclusive buscando uma redução da capacidade de intervenção estatal. Defende Luiz Carlos Bresser-Pereira que “[...] o Estado que surge a partir dessas reformas deverá ser, ao mesmo tempo pequeno e forte. Teria não apenas o papel político liberal clássico de garantir a propriedade e os contratos, e o papel social-democrático de promoção do bem-estar e de afirmação dos direitos sociais, mas também um papel econômico, particularmente na área da política industrial e do comércio exterior orientada para a promoção das exportações”¹⁹². No governo Fernando Henrique Cardoso, com a participação de Luiz Carlos Bresser-Pereira, foi elaborado um Plano Diretor de Reforma do Estado, com a ideia

191 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: EDITORA 34, 1996, p. 50.

192 Ibid., p. 51.

de desregulamentar e flexibilizar o setor público brasileiro, para dar mais liberdade à instalação do capital internacional¹⁹³.

Defende Jacques Chevallier, mais do que um ponto de referência, que o “Estado pós-moderno” promove uma reavaliação do *Welfare State* de modo que o agravamento das finanças públicas implicou em uma reanálise dos programas sociais em vários países, como Reino Unido, França e Estados Unidos. Essa remodelação do papel do Estado traz a “ideia de que a administração pública deve ser, à semelhança do particular, ‘eficaz’ e que para tanto ela deve emprestar daquele as receitas de boa gestão”¹⁹⁴. Com isso, embora o autor identifique o fim do protetorado do Estado na vida social, tipicamente configurado no Estado Social, salienta que isso não representa a volta à um Estado mínimo ou liberal. O Estado continuará presente na conservação dos direitos sociais, mas isso se dará através de um novo modelo ou papel.

O art. 173 da Constituição Federal deixou claro que o Estado deve resguardar o ambiente econômico para o setor privado, sendo permitida a atuação estatal somente em casos de relevante interesse público ou imperativo da segurança nacional: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Em consonância com a função subsidiária do Estado no ambiente econômico, o art. 174 da CF/88 define, ainda, as funções exercidas pelo Estado perante o mercado privado, como agente fiscalizador, incentivador e planejador: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Estes dispositivos constitucionais demonstram haver permissão constitucional para que o Estado atue no ambiente econômico em

193 BRASIL. **Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado**. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, DF, 1995.

194 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno...**, p. 83

situações excepcionais. O texto constitucional também determinou que o Estado deverá intervir no mercado econômico para incentivar, planejar e fiscalizar o funcionamento dele. No que se refere à função fiscalizatória, foco de nossa pesquisa, a Ordem Econômica Constitucional disciplina que o Estado - englobando União, Estados, DF e Municípios¹⁹⁵ - deve exercer sua prerrogativa de poder de polícia para aferir se a atividade econômica está sendo exercida em consonância com a legislação aplicável. Em sendo identificadas irregularidades, deverá o Estado aplicar penalidades e garantir a concorrência e equilíbrio do mercado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 597.165, definiu que a regulação estatal no domínio econômico, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, deverá seguir o sistema de competência constitucionalmente assegurada ao Poder Público destinada a fazer prevalecer os princípios previstos no art. 170 da CF/88:

O estatuto constitucional das franquias individuais e liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa -, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica (RTJ 173/807-808), destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. A regulação estatal no domínio econômico, por isso mesmo, seja no plano

195 O Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que apreciou situações legislativas similares, concernentes à concessão do direito à meia-entrada aos estudantes e aos doadores de sangue em estabelecimentos de cultura e lazer (ADI nºs 1.950/SP e 3.512/ES), ambas de relatoria do Ministro Eros Grau, assentou que a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios (art. 24, inciso I, e art. 30, inciso I, da CF/88 (ADI 3753, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 28-04-2022 PUBLIC 29-04-2022).

normativo, seja no âmbito administrativo, traduz competência constitucionalmente assegurada ao poder público, cuja atuação - destinada a fazer prevalecer os vetores condicionantes da atividade econômica (CF, art. 170) - é justificada e ditada por razões de interesse público, especialmente aquelas que visam a preservar a segurança da coletividade. A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional. (...) Diploma legislativo local que condiciona determinadas atividades empresariais à estrita observância da cláusula de incolumidade destinada a impedir a exposição da coletividade a qualquer situação de dano. Vedação da edificação e instalação “de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados e hipermercados e similares, bem como de teatros, cinema, shopping centers, escolas e hospitais públicos” (LC distrital 294/2000, art. 2º, § 3º)¹⁹⁶.

Frente aos problemas e às críticas realizadas à eficiência das políticas sociais econômicas, o Estado Democrático de Direito pode ser compreendido como uma forma de correção de algumas falhas encontradas no Estado social, sendo que autores nacionais, como Eros Roberto Grau, defendem que um projeto neoliberal certamente não vingaria no Brasil, haja vista os obstáculos que encontraria nas bases

196 RE 597.165 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 4-11-2014, 2ª T, DJE de 9-12-2014.

constitucionais previstas, principalmente nos artigos. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988¹⁹⁷. Ainda que se presenciem efeitos inevitáveis do movimento neoliberal, não se pode dizer que houve um esgotamento da ideologia do Estado social.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar sobre a ordem econômica, permite que o Estado atue de forma direta na economia somente nos casos em que é necessário garantir a segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Por outro lado, permitiu a intervenção estatal como agente normativo e regulador das atividades econômicas, cujas funções são de fiscalizar, incentivar e planejar.

II A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL NO LICENCIAMENTO DE ATIVIDADE ECONÔMICA LOCAL

No primeiro capítulo ficou demonstrado que a iniciativa privada não é integralmente livre na exploração da atividade econômica, mas sim, será fiscalizada pelo Estado acerca do cumprimento das diretrizes do art. 170 da CF/88. Assim, a atividade econômica poderá ser limitada em alguns casos, inclusive pelo poder de polícia da Administração Pública, a fim de garantir a proteção à concorrência, ao consumidor, ao meio ambiente, a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, o controle de preços, dentre outros valores constitucionalmente protegidos.

Neste caso, o art. 174 da CF/88 determinou que o Estado exerça sua função fiscalizatória sobre o ambiente econômico. Neste contexto, enquadra-se como um poder de polícia a atividade estatal consistente em restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais em nome do interesse público, conforme previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional:

197 “A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia” (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48).

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).

Com isso, o ordenamento constitucional estabelece as diretrizes básicas que serão observadas por cada um dos entes políticos, visando à satisfação dos interesses e necessidades públicas.

Ao estabelecer diferentes áreas de atuação, a Constituição inaugurou um sistema rígido de distribuição de competências, especialmente no âmbito federal e estadual, prevalecendo a cooperação federativa. Todavia, “[...] se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância dos interesses”¹⁹⁸.

Na visão de Pedro Lenza, os Municípios, além de serem pessoas jurídicas de direito público interno, “[...] são entes federativos, dotados de autonomia própria, materializada por sua capacidade de auto-organização, autogoverno, autoadministração e auto legislação”¹⁹⁹. Destaca-se que o art. 30 da CF/88 estabelece uma competência privativa quando o assunto apresentar uma predominância de interesse local²⁰⁰. Neste mesmo sentido, Michel Temer defende que a

198 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso [...], op. cit. p. 963.

199 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 515.

200 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional [...]**, op. cit. p. 518.

expressão “interesse local” é idêntica a peculiar interesse, no sentido de “interesse predominante”²⁰¹.

Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca das diretrizes do art. 30, I, da Constituição Federal, definindo que o Município tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. NORMA DE INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. SÚMULA 280 DO STF. A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é firme no sentido de que os municípios detêm competência para legislar sobre assuntos de interesse local²⁰².

Em linhas gerais, o texto constitucional deixa claro dois critérios importantes para delimitação no plano de competências: predominância e autonomia municipal. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Municípios o encargo de regular e fiscalizar a atividade econômica no seu território. Mediante a sua prerrogativa de autoadministração e autonomia constitucionalmente atribuída, os Municípios, durante o longo período de sua história, criaram regras jurídicas para tratar de assuntos relacionados ao seu interesse, incluindo a fiscalização de empreendimentos econômicos.

Ao encontro destas prerrogativas, a Administração Pública Municipal, com respaldo ao art. 30, I, da CF/88, criou como pressuposto do início da atividade econômica a exigência do chamado Alvará de Funcionamento e Localização. É através deste documento administrativo que o Município exerce seu poder de polícia em fiscalizar a segurança e regularidade do empreendimento econômico²⁰³.

201 Cf. TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 108.

202 RE 740773 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/05/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 17-05-2019 PUBLIC 20-05-2019.

203 Cf. RE 740773 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/05/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 17-05-2019 PUBLIC 20-05-2019.

É através deste poder de polícia que o Município consegue garantir a segurança dos cidadãos nos planos urbanísticos, sanitários, tributário etc., tendo como objetivo manter o equilíbrio na liberdade dos indivíduos e a ordem pública:

O poder de polícia, que é o principal instrumento do Estado no processo de disciplina e continência dos interesses individuais, reproduz, na evolução de seu conceito, essa linha ascensional de intervenção dos poderes públicos. De simples meio de manutenção da ordem pública ele se expande ao domínio econômico e social, subordinando ao controle e à ação coercitiva do Estado uma larga porção da iniciativa privada²⁰⁴.

A supremacia do interesse público sobre o privado que confere legitimação à Administração Pública Municipal para fiscalizar atividade econômica local, também atribui ao mesmo ente municipal estabelecer as regras aplicáveis através de sua legislação. Isso quer dizer que, mesmo que seja permitido à União criar normas gerais sobre direito econômico, foi deixado como prerrogativa municipal a função de fiscalizar o funcionamento do comércio local, com a possibilidade de edição de regras específicas²⁰⁵.

Neste mesmo sentido, Marçal Justen Filho salienta que o poder de polícia administrativa será exercido pelo ente federativo cuja atividade a ser fiscalizada encontra-se nos limites de sua expansão territorial: “[...] a competência municipal do poder de polícia envolve eventos cuja repercussão se limite ao âmbito do Município”²⁰⁶. Nestes termos, verifica-se que o Município detém a autonomia para legislar sobre o interesse local e concretizar suas disposições, respeitadas as

204 TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>. p. 2. Acessado em: 07 de set. de 2014.

205 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de [...], op. cit. p. 833.

206 FILHO, Marçal Justin. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 501.

disposições obrigatórias decorrentes do próprio texto constitucional - conforme alerta Mariana Evangelista de Holanda Gomes:

A atuação administrativa do Município se reveste de seu caractere de ente estatal, investido de Poder Público, “imperium”, inerente e necessário ao exercício de suas competências administrativas. Suas competências são regradas pelo sentido de interesse local, tanto no que se refere à enumeração constitucional de suas competências privativas, quanto no que diz respeito às matérias concorrentes com os outros entes e ainda no que se refere ao dever poder de ação que o Município possui nas matérias em que não há vedação de sua atuação. Compreende-se por interesse local não só aquele que é exclusivo do Município ou de interesse privativo de seus habitantes, até por que como parte do País os interesses do Município se refletem no Estado e também no âmbito nacional²⁰⁷.

Isso significa que o Município tem ampla gestão no plano político-administrativo, através da criação de regras e concretização dos interesses locais. A autonomia política consiste na eleição direta dos agentes políticos, no exercício do poder de polícia municipal, na prestação de serviços públicos e na concretização de obras e no atendimento de necessidades da coletividade.

Está dentro da atribuição do Poder de Polícia Municipal assegurar a ordem pública, entendida como a limitação de atividade econômica, da liberdade e da propriedade para adequá-los ao interesse e ao bem-estar público.

Em decorrência da construção de competências constitucionais, o poder de polícia municipal será exercido a partir de legislação do

207 GOMES, Mariana Evangelista de Holanda. **Poder de polícia municipal e função social da propriedade urbana**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4481. Acessado em: 07 de set de 2014.

ente municipal, possibilitando que o Poder Público estabeleça as regras que deverão ser cumpridas. Desta forma, é competência privativa municipal a regulação sobre o funcionamento da atividade econômica no seu território, sendo que qualquer legislação de outro ente federativo que objetive restringir o poder de polícia municipal seria inválida, por ferir a regra constitucional de competência.

III AS (IN)CONSTITUCIONALIDADES DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

A Lei de Liberdade Econômica foi aprovada com a missão de reduzir a burocratização do processo de abertura de empresas; também, promoveu regras e novos procedimentos de integração do processo de registro e legalização de empresas. Através deste sistema, houve a integração no âmbito federal, estadual e municipal acerca de informações de registro para as administrações tributárias e órgãos licenciadores.

Ocorre que, a fim de facilitar o registro inicial das novas empresas, o art. 3º da Lei de Liberdade Econômica previu a desnecessidade de autorização para o início das atividades consideradas como baixo risco:

Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica²⁰⁸.

208 BRASIL. **Lei de liberdade econômica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mai. 2022.

Embora esta lei federal não tenha pretendido - nem poderia - revogar as leis municipais que regulamentam as autorizações das atividades econômicas, certamente haverá divergências regulatórias.

Ressalta-se que não se questiona a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica” na sua integralidade, nem o alcance dos objetivos almejados - até porque eles são legítimos e compatíveis com as diretrizes constitucionais. Ocorre que alguns efeitos da desregulação do Estado no ambiente econômico, mais especificamente no controle de abertura de empresas pelos Municípios, podem gerar distorções futuras com consequências maléficas para a sociedade.

Em primeiro lugar, nota-se que o art. 3º, §1º, I e II, viola o princípio da legalidade, quando permite que as atividades denominadas de baixo risco possa ser definidas por resolução do Comitê do SEGSIM. Neste ponto, pode-se encontrar uma ofensa direta ao art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, na medida em que a (des)regulação econômica somente poderia ocorrer através de lei em sentido formal.

Mas, o maior problema encontrado seria o fato de o governo federal usurpar uma competência constitucional atribuída aos Municípios em regular a atividade econômica em ambiente local. Neste sentido defende Gilberto Bercovici:

A violação ao pacto federativo fica evidente com o disposto no artigo 3º, § 1º, III, que exige a notificação do Ministério da Fazenda em caso da existência ou da edição de norma estadual, distrital ou municipal sobre atividades de baixo risco. O Ministério da Fazenda não é superior hierárquico dos Estados, dos Distrito Federal e dos Municípios. Os entes da Federação são dotados de autonomia legislativa e regulamentar na esfera de suas competências, sendo inadmissível qualquer interferência ou controle federais. Se, eventualmente, ultrapassarem os limites de sua competência, cabe ao Poder Judiciário,

caso provocado, manifestar-se e anular a violação cometida²⁰⁹.

Claramente, o art. 3º, §1º, I, viola a competência constitucional dos Municípios em regular o ambiente econômico no âmbito local. Permitir que as denominadas atividades econômicas de baixo risco sejam definidas por ato do Poder Executivo federal, além de gerar o risco de elevada insegurança jurídica, infringe o regime de competência constitucional.

A Lei em questão ainda gera uma ofensa à isonomia dos entes federativos, principalmente quando exige que os Municípios notifiquem o Ministério da Fazenda em caso da existência ou da edição de norma municipal sobre atividades de baixo risco. A União não é superior aos Estados e Municípios; pelo contrário, os entes federativos são dotados de autonomia legislativa e regulamentar na esfera de suas competências constitucionais, sendo vedada interferência federal.

É competência exclusiva do ente público municipal a tarefa de regular o procedimento de abertura de empresas no seu espaço territorial. Os arts. 30 e 170, da Constituição Federal, em nenhum momento disciplinaram que a competência municipal estaria condicionada por meio de lei ordinária federal. Contudo, o inciso I, do art. 3º, da Lei de Liberdade Econômica usurpa flagrantemente a competência municipal ao regular o desenvolvimento de atividades econômicas de baixo risco, dispensando a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação. E o art. 1º, §6º desta mesma lei define quais são tais atos públicos de liberação da atividade econômica (e, indo além da mera conceituação, referindo que não são eles condição para o exercício da atividade econômica):

209 BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 142.

Art. 1º. §6º. Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

A Constituição Federal deixa explícito ser uma tarefa obrigatória da administração pública municipal a fiscalização e regulação da atividade econômica local. Isso decorre da compreensão que se o ente deixar de exercer a regulação e controle da abertura de empresas e algum sinistro ocorrer, possivelmente gerará responsabilidade em razão da omissão. Se prevalecer a previsão literal do art. 3º, I, da Lei nº 13.874/2019, os Municípios terão enorme dificuldade em ter o controle para realização da fiscalização tributária e urbanística das empresas que exerçam atividade econômica de baixo risco.

O Alvará de Funcionamento e Localização é o instrumento formal utilizado pela Administração Pública, no exercício regular do seu poder de polícia, para expedição de autorizações e licenças, sendo que a localização e a verificação do regular funcionamento de estabelecimentos são espécies desta última. Este documento atesta a regularidade do empreendimento frente às exigências de regulação urbana. Em outras palavras, a liberação de Alvará de Localização e Funcionamento é um uma espécie de “comprometimento” da Administração Pública Municipal de que o estabelecimento está apto a localizar e funcionar em determinado local. Neste momento,

o Município realiza uma análise das regras urbanísticas, segurança, higiene, uso e ocupação de solo, dentre outras - e que, assim, permitem ou não a abertura da empresa em determinado local.

Se, por um lado, a exigência do alvará é um incômodo para o empresário, por outro, representa uma segurança aos usuários e clientes, de que aquele estabelecimento está dentro das normas técnicas. Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “O funcionamento de estabelecimentos comerciais em edificações irregulares, sem alvarás de construção e sem habite-se, pode acarretar dano grave à ordem e à segurança pública. Agravo regimental improvido”²¹⁰.

Quando qualquer estabelecimento deixa de cumprir os requisitos legais, a Administração fica não só impedida de conceder-lhes o Alvará, como também fica vinculada às sanções aplicáveis (inclusive fechamento). Tanto a concessão como a cassação do alvará são atividade de plena responsabilidade da Administração Pública, pois se trata de um poder de polícia que a ela é conferido em defesa das atividades e dos bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Por ser assim, no exercício deste poder de polícia, o próprio Município poderá proceder ao fechamento dos estabelecimentos.

A fim de confirmar a competência do Município para a aplicação de sanções decorrentes de inobservância de requisitos essenciais à ordem, segurança, higiene e bom costume da municipalidade, vale a citação doutrinária de Hely Lopes Meirelles, que bem ensina:

Estas sanções, em virtude do princípio da *auto-executoriedade* do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público. O que se requer é a legalidade da sanção e sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado. As sanções do

210 AgRg na SLS 1066/MA - Ministro Cesar Asfor Rocha - DJ 18/12/2009.

poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crime, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, como previstas na norma legal²¹¹.

Em razão desta delimitação que a Carta Constitucional conferiu aos Municípios, entende-se que a Lei nº 13.874/2019 parece desconsiderar a competência de natureza constitucional. O art. 3º, §1º, ao tratar da fiscalização do exercício do direito tratado no inciso I, acaba violando a autonomia federativa dos Municípios:

Além disso, a Lei nº 13.874/2019 viola a Federação brasileira. A União não pode, em hipótese alguma, impor sua política aos demais entes federados, também titulares de competência concorrente para legislar sobre direito econômico (artigos 24, I e 30, II, da Constituição). Especificamente em relação ao que a Lei nº 13.874/2019 denomina de “atos públicos de liberação da atividade econômica” (artigo 1º, § 4º), trata-se de atos geralmente editados na esfera municipal, que organizam assuntos ou estruturam a fiscalização de atividades cuja competência é municipal, por serem temas de preponderante interesse local (artigo 30, I da Constituição). Em relação às formas e limitações desses atos, a Lei nº 13.874/2019 pode instituir regras para a Administração Pública Federal, jamais para os demais entes da Federação, nem sob a falaciosa denominação de “norma geral”²¹².

211 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

212 BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 134.

Certamente, frente à aprovação da Lei da Liberdade Econômica, poder-se-ia levar ao entendimento de que o ente municipal não tem mais competência e legitimidade para praticar os atos públicos de forma prévia. Essa compreensão gera preocupação dos entes municipais diante de uma Lei que, em tese, surge para fazer prevalecer a liberdade em detrimento de outros direitos considerados como de “menor importância”. Contudo, este entendimento destoa completamente da finalidade do Poder de Polícia Municipal.

Basta ler o art. 30, I, da Constituição Federal para compreender que é competência exclusiva do Município para legislar sobre assuntos de interesse local, situação que não poderia ser restringida por legislação ordinária federal. Ainda que exista como matéria de fundo o direito econômico, fica evidente que a regulação do comércio local possui preponderância na atribuição municipal. Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a competência para disciplinar o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais é do Município, conforme atualmente previsto na Súmula Vinculante 38. Isso porque “[...] deve-se entender como interesse local, no presente contexto, aquele inerente às necessidades imediatas do Município, mesmo que possua reflexos no interesse regional ou geral”²¹³.

Além da inconstitucionalidade sobre as regras de competência, tem-se que notar que as atuais regulações das atividades ditas de baixo risco geram risco de autorizar empresas em desacordo com os postulados de segurança pública. Imagine-se a situação em que determinado estabelecimento que se autodeclare como atividade econômica de baixo risco não irá sofrer uma fiscalização prévia da Prefeitura nem do Corpo de Bombeiros para, ao menos, demonstrar que efetivamente está localizada em área geográfica permitida (zona comercial). Para piorar a situação, a Resolução nº 51/2019 do CGSIM, ao classificar e disciplinar o regime aplicável às atividades de baixo

213 ADI 3.691, voto do rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 29-8-2007, DJE 83 de 9-5-2008.

risco, dispensou de fiscalização pelo corpo de bombeiros as empresas sob tais condições:

Art. 4º Para fins de prevenção contra incêndio e pânico, qualificam-se como de baixo risco ou “baixo risco A” aquelas atividades realizadas: I - na residência do empreendedor, sem recepção de pessoas; ou II - em edificações diversas da residência, se a ocupação da atividade tiver ao todo até 200 m² (duzentos metros quadrados) e for realizada: a) em edificação que não tenha mais de 03 (três) pavimentos; b) em locais de reunião de público com lotação até 100 (cem) pessoas; c) em local sem subsolo com uso distinto de estacionamento; d) sem possuir líquido inflamável ou combustível acima de 1000 L (mil litros); e e) sem possuir gás liquefeito de petróleo (GLP) acima de 190 kg (cento e noventa quilogramas).

Assim, se houver uma empresa com estabelecimento que tenha reunião pública até 100 pessoas, reservatório de líquido inflamável até 999 mil litros e 189 kg quilogramas de GLP, estariam dispensadas de qualquer fiscalização prévia para liberação da atividade econômica. Claramente, uma situação como esta, extremamente perigosa, estaria albergada pelo Lei de Liberdade Econômica, porém destoa completamente dos princípios da razoabilidade e da precaução. Lembre-se que razoabilidade é critério de aferição da lógica empregada pela Administração Pública²¹⁴.

214 “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99).

Ao contrário do que preceitua a lei, entende-se que deva prevalecer o entendimento de permanecer legítimo ao Município exercer o poder de polícia prévio à instalação e registro das empresas, de modo que nenhuma norma ordinária poderá contrariar o plano de competência constitucional. O que se critica neste artigo é a forma com a qual se impuseram modificações tão agressivas com desrespeito à autonomia legislativa dos Municípios.

O procedimento simplificado de licenciamento ambiental para empresas com atividades classificadas como de risco médio já foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual considerou que houve ofensa às regras constitucionais de defesa do meio ambiente. A discussão ocorreu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.808:

É inconstitucional a concessão automática de licença ambiental no sistema responsável pela integração (Redesim) para o funcionamento de empresas que exerçam atividades de risco médio nos termos da classificação estabelecida em ato do Poder Público. O licenciamento ambiental dispõe de base constitucional (1) e não pode ser suprimido, ainda que de forma indireta, por lei. Também não pode ser simplificado a ponto de ser esvaziado, salvo se a norma que o excepcionar apresentar outro instrumento apto a assegurar a proteção ao meio ambiente com igual ou maior qualidade. Nesse contexto, a simplificação do procedimento pelo argumento da desburocratização e desenvolvimento econômico, com controle apenas posterior, configura retrocesso inconstitucional, pois afasta os princípios da prevenção e da precaução ambiental. A automaticidade, por sua vez, contraria norma específica sobre o licenciamento ambiental, segundo a qual as atividades econômicas potencial ou efetivamente causadoras de impacto ambiental estão sujeitas ao controle estatal (2). Não possui fundamento constitucional válido a vedação da coleta adicional, pelos órgãos competentes, de dados que não tenham

sido disponibilizados na Redesim previamente ou no ato do protocolo do pedido de licenciamento. Com base nesses entendimentos, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme ao art. 6º-A e ao inciso III do art. 11-A, ambos da Lei 14.195/2021 (3), não aplicando-os às licenças em matéria ambiental²¹⁵.

Neste julgamento, a Suprema Corte brasileira compreendeu que este sistema simplificado, por mais benéfico que seja em razão da liberdade econômica, poderá representar um retrocesso à fiscalização ambiental. A mesma lógica poderá ser aplicada para a fiscalização urbanística e tributária municipal, situação de extrema importância que afetará a segurança de empreendimentos locais.

A liberação automática de empreendimentos de baixo risco representa uma medida desarrazoável, sendo que a atuação **da** Administração Pública deve seguir os parâmetros **da razoabilidade** e **da precaução**, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

Outro ponto polêmico da Lei da Liberdade Econômica é no seu art. 4º, IX, em que proibiu os Municípios de criarem obrigações acessórias que eventualmente atentassem em face aos princípios da livre iniciativa:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de

215 ADI 6808/DF, relatora Min. Cármen Lúcia, julgamento em 28.4.2022.

maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

A inscrição tributária é identificada como uma obrigação acessória, nos termos do art. 113 do Código Tributário Nacional. Além do pagamento do tributo (obrigação principal), é permitido ao ente arrecadador competente criar o dever de realizar prestações, positivas ou negativas, no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Estes deveres instrumentais não estão subordinados à obrigação principal; existem, basicamente, para facilitar o papel da autoridade administrativa tributária na investigação e no controle da arrecadação tributária.

Ocorre que o art. 195 do Código Tributário Nacional - ao tratar-se do objeto da fiscalização tributária - impede que haja uma limitação os deveres instrumentais tipicamente tributários por outras legislações: “Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los”.

Não é permitido ao legislador ordinário mitigar ou retroceder as regras que atualmente estabelecem a obrigação tributária acessória em relação às informações e documentos dos contribuintes. Em razão disso, o art. art. 4º, IX, entra em confronto com o art. 195 do CTN quando mitiga a fiscalização tributária, impedindo a criação de novas obrigações acessórias, como cadastros mobiliários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da Lei da Liberdade Econômica é estabelecer normas gerais sobre a proteção da liberdade econômica do mercado, vinculando os demais membros da Federação, como se verifica na redação do §4º, do art. 1º, do texto legal.

Ocorre que ao momento em que a Lei da Liberdade Econômica promoveu a dispensa de qualquer ato público para desenvolvimento de atividade econômica de baixo risco, contrariou a regra de competência constitucional.

O Alvará de Funcionamento e Localização é o instrumento utilizado pela Administração Pública Municipal que retrata o seu poder de polícia e que não pode ser mitigado, sem autorização constitucional, por outro ente federativo. Esta situação produz uma situação de insegurança jurídica para todo o setor de regulação de atividades econômicas no âmbito municipal. Acredita-se que a garantia de liberdade da atividade econômica prevista no texto constitucional não abrange a total liberdade de localização e isenção de regras tributárias e de segurança que são de competência municipal.

Além de outros pontos elencados nesta pesquisa, também se identifica a inconstitucionalidade quanto a este aspecto, por representar uma ofensa ao sistema federativo - ao promover a centralização da decisão sobre a regulação das atividades econômicas de interesse local. Pois bem, se a Constituição Federal de 1988 definiu ser competência municipal o licenciamento e o seu procedimento, somente por lei municipal poderia haver a modificação de tal procedimento.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

----- . **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Ordenados por Homero Pires. I volume - das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

----- . **Temas de direito constitucional. Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. As inconstitucionalidades da lei da liberdade econômica (Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

----- . **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. **Lei de Liberdade Econômica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, DF, 1995.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000.

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GOMES, Mariana Evangelista de Holanda. **Poder de polícia municipal e função social da propriedade urbana**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4481. Acessado em: 07 de set de 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Federalistas**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: EDITORA 34, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

----- . Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Jose Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

----- . **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. Disponibilizado em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238/11154>. p. 2. Acessado em: 07 de set. de 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CONTROLE EXTERNO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

*Kiyoshi Harada*²¹⁶

1 INTRODUÇÃO

O orçamento anual é tão importante para a consolidação e manutenção do Estado Democrático de Direito que hoje já se pensa em criar um sub-ramo do Direito Financeiro, o Direito Orçamentário, especificamente voltado para o estudo do orçamento público em vários de seus desdobramentos.

A sua importância reside no fato de que o ato de governar outra coisa não é senão o de direcionar os recursos financeiros arrecadados para os diferentes segmentos da sociedade, de conformidade com as políticas públicas aprovadas e incorporadas no plano de ação governamental.

Quando aprovada e sancionada a Lei Orçamentária Anual – LOA – significa que todas as despesas fixadas nas diversas dotações são aprovadas em bloco, de sorte a propiciar o pagamento dessas despesas pelo Executivo, segundo o princípio constitucional da legalidade das despesas públicas. Tanto a arrecadação de tributos, como a realização de despesas são presididas pelo inafastável princípio da legalidade.

À medida que essas despesas são aprovadas pelo legítimos representantes eleitos pelo povo pode-se dizer que a LOA atua como verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, refletindo a média da vontade da soberana população na aplicação das despesas para os diferentes setores contemplados no orçamento anual.

216 Jurista com de 35 obras publicadas. Sócio fundador do escritório Harada Advogados Associados. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

2 ORÇAMENTO PÚBLICO E SUA NATUREZA JURÍDICA

O orçamento anual é uma peça que estima as receitas do exercício, abrangendo as receitas originárias, creditícias e derivadas (tributos), de um lado, e fixa as despesas, de outro lado, em igual montante das receitas estimadas em respeito ao princípio do equilíbrio orçamentário. O desequilíbrio é algo que só pode ocorrer durante a execução do orçamento, jamais na elaboração da proposta orçamentária, que pressupõe planejamento prévio da ação governamental dentro das possibilidades do Tesouro.

No Brasil o orçamento traduz-se por uma lei anual de caráter concreto, estimando o montante da arrecadação de receitas, de um lado, e fixando pormenorizadamente as despesas em igual montante, de outro lado, como vimos. Trata-se de uma lei de efeito concreto e de duração temporária.

Advirta-se, contudo, que como assevera Sérgio Assoni Filho “as leis orçamentárias possuem um conteúdo material, portanto, sem diferenças substantivas quando comparadas com as demais espécies normativas”²¹⁷. Realmente, a violação de normas orçamentárias pode implicar para o infrator crime de responsabilidade (art. 85, VI da CF c/c art. 4º da Lei nº 1.079/50), ato de improbidade administrativa (art. 10, VI, IX e XI e art. 11, I da Lei nº 8.429/92) e crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A, 359-B, 359-C, 359-D, 359-E, 359-F e 359-G do Código Penal). Mas, dúvida não há de que se trata de uma lei peculiar limitada no tempo.

2.1 BREVE EXAME DO PROCESSO LEGISLATIVO DO ORÇAMENTO

A elaboração da proposta orçamentária anual cabe ao Presidente da República que unifica as propostas apresentadas pelo Legislativo, Judiciário e Órgão Ministerial incorporando-as à proposta do

²¹⁷ *Orçamentos públicos e direito financeiro*, obra coletiva, coord. José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

Executivo, enviando o respectivo projeto de lei ao Congresso Nacional (art. 84, XXIII, da CF) até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, a fim de ser devolvido para sanção até o final da sessão legislativa (inciso III, do § 2º, do art. 35 do ADCT).

No Congresso Nacional, a proposta orçamentária é apreciada, desde logo, pelas duas Casas Legislativas na forma do regimento comum, tendo em vista a natureza urgente da medida legislativa que deve ser aprovada antes do encerramento da respectiva sessão legislativa.

Cabe à Comissão Mista de Deputados e Senadores fazer o exame da proposta e emitir parecer a respeito. É, também, da incumbência dessa Comissão Mista receber emendas consignando parecer sobre elas, para ulterior apreciação do Plenário do Parlamento Nacional (art. 166, §§ 1ª e 2ª, da CF).

Entretanto, as emendas de parlamentares sofrem restrições previstas no § 3º, do art. 166 da CF. Na prática, as dificuldades têm sido superadas por meio de mensagens modificativas ao projeto originário feitas pelo Presidente da República na forma do § 5º, do art. 166 da CF, encampando as emendas oferecidas pelos parlamentares. Quanto ao mais, aplicam-se as mesmas regras concernentes ao processo legislativo em geral.

De se notar que embora haja um prazo constitucional para devolver a proposta aprovada até final da sessão legislativa ela é devolvida sempre com grandes atrasos, após prolongadas negociações com o Executivo quanto às emendas pretendidas, o que significa que o Executivo, todos os anos, passa a executar as despesas à magem do princípio da legalidade, até final aprovação e sanção da LOA.

Para resolver o impasse representado pela não devolução da proposta orçamentária, no prazo constitucional estabelecido, várias alternativas são apontadas pela doutrina. Nós nos apegamos à tese da promulgação do projeto de lei pelo Presidente da República. Conforme consignamos em nossa obra: “Se o Congresso Nacional não devolver o projeto de lei orçamentária até o final da sessão legislativa, cabe ao Chefe do Poder Executivo promulgá-lo tal como o enviou ao Parlamento

ignorando eventuais emendas aprovadas ou em discussão. Se há um prazo para receber o projeto, deve haver um prazo para devolvê-lo”²¹⁸.

2.2 TIPOS DE ORÇAMENTO

Na literatura sobre a matéria conhece-se dois tipos de orçamento: orçamento autorizativo em que o Parlamento se limita a autorizar a execução das despesas fixadas no orçamento, e o orçamento impositivo em que as despesas fixadas no orçamento são de execução obrigatória.

No Brasil o orçamento anual sempre teve natureza meramente autorizativa. Mas, verificava-se que nenhuma dotação tinha as suas verbas executadas por inteiro, mesmo em havendo superávit de arrecadação tributária.

Entretanto, Adilson de Abreu Dallari confere ao nosso orçamento o caráter impositivo, porque ele assume feição de orçamento-programa, elaborado em função de objetivos e metas a serem atingidas²¹⁹.

Todavia, o contingenciamento sistemático pelo Executivo das verbas oriundas de emendas parlamentares negociadas na forma do art. 166, § 5º da CF, fizeram com que os parlamentares aprovassem a EC nº 86/2015, introduzindo o § 9º, do art. 166 da CF prevendo emendas individuais ao projeto de lei orçamentária no limite de 1,2% da receita corrente líquida prevista na propostas orçamentária de execução compulsória, de conformidade com o § 11, do citado art. 166 da CF. Não satisfeito com isso, os parlamentares promulgaram, ainda, a EC nº 100/2019 acrescentando o § 12 do art. 166 da CF, para intituir a emenda de bancadas, no importe de 1% da receita líquida auferida no exercício anterior, igualmente, de execução obrigatória.

Temos, pois, de 2,2% de verbas orçamentárias de execução compulsória, donde a LOA reveste-se de natureza mista, ou seja, ela é

218 Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*, 30ª ed.. São Paulo: Atlas, 2021, p. 89.

219 Orçamentol imositivo, in *Orçamentos públicos e direito financeiro*, obra coletiva sob coordenação de José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 235.

autorizativa, de um lado, e impositiva, de outro lado. Isso sem contar as vinculações constitucionais de verbas para os setores da saúde e da educação.

3 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO ORÇAMENTO

No Direito Financeiro o objeto mais importante, a nosso ver, é o que diz respeito ao orçamento público, instrumento redistribuidor das riquezas do país. E dentro desse objeto, o que é mais relevante é exatamente a parte que diz respeito ao controle e fiscalização da execução orçamentária.

De nada adiante arrecadar montanhas de dinheiro, distribuir esses montantes arrecadados entre as diferentes dotações direcionadas para os mais diversos segmentos da sociedade se essas verbas não forem efetivamente executadas, conforme consignadas na LOA. Dinheiros que são empregados para fins diversos dos previstos na lei de meios, ou que simplesmente desaparecem pelos ralos, hipótese mais comum, não atendem as finalidade do Estado espelhadas no orçamento anual.

Daí a suma importância do mecanismo de controle e fiscalização da execução orçamentária.

3.1 TIPOS DE CONTROLE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

A Constituição Federal prevê três tipos de controle do orçamento: a) o controle privado ou social previsto no § 2º, do art. 74; b) o controle interno previsto no *caput* do art. 74; e c) o controle externo previsto no art. 71.

Pela importância examinaremos neste estudo o controle externo.

3.2 EXAME DO CONTROLE EXTERNO

O controle externo, assim como, o controle interno, nos termos do art. 70 da Constituição, abarca 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

A fiscalização contábil refere-se ao exame do registro sistemático das verbas arrecadadas e despendidas.

A fiscalização financeira resume-se na verificação da entrada e saída de dinheiro, ao passo que a orçamentária alude à correta execução do orçamento.

A operacional diz respeito à observância dos procedimentos legais para a arrecadação ou liberação de verbas.

A patrimonial refere-se à própria execução do orçamento, acompanhando as alterações patrimoniais, que devem ser objeto de fiscalização permanente, para sua preservação e atendimento das finalidades públicas. Esse controle patrimonial ganha relevo ante o disposto no art. 44 da LRF que veda a aplicação da receita de capital, oriunda de venda de bens ou direitos integrantes do patrimônio público, para financiamento da despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos. Sabemos que na prática não é assim. Por isso, as privatizações implicam diminuição do ativo do poder público sem contrapartida na diminuição da dívida.

Toda essa fiscalização é feita sob os prismas da legalidade, da legitimidade, da economicidade, da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas.

Pelo prisma da legalidade a fiscalização irá examinar o cumprimento de requisitos legais da despesa feita. Nada pode ser pago sem previsão orçamentária, nem além dos créditos adicionais.

Do ponto de vista da legitimidade, a fiscalização examina o mérito do ato praticado pelo agente público em confronto com os valores morais que regem a sociedade, dentro do princípio de que

nem tudo que é legal é legítimo. Serve para detectar eventual desvio da finalidade pública, desaprovando as despesas exageradas ou abusivas.

Pelo enfoque da economicidade examina-se as despesas sob a ótica da modicidade, isto é, se o agente público optou pelo meio menos oneroso ao erário.

No que concerne às subvenções, que são auxílios governamentais concedidos às instituições públicas ou privadas de natureza assistencial ou educacional, cumpre fiscalizar quanto ao efetivo emprego dos recursos financeiros recebidos na consecução dos objetivos estatutários. É preciso combater os que confundem filantropia com pilantropia.

Finalmente, no que concerne à renúncia de receitas públicas, além de verificar quanto à existência da respectiva autorização legislativa, a fiscalização deve ainda examinar os requisitos enumerados no art. 14 e parágrafos da LRF (LC nº 101/2000) para assegurar que a isenção, a anistia, a redução de impostos etc. não venham afetar o equilíbrio orçamentário.

3.3 ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU

O controle externo é feito pelo Congresso Nacional com auxílio do TCU, órgão composto de Ministros versados em finanças públicas, contabilidade, direito, economia, administração etc., qualificações de que não são detentores a maioria dos parlamentares. Os Ministros do TCU, por sua vez, contam com assessores técnicos especializados em diversas áreas relacionadas com as finanças públicas.

O fato de o TCU auxiliar o Congresso Nacional no controle e fiscalização externa não faz dele um órgão auxiliar do Legislativo, como alguns autores afirmam. O TCU é um órgão autônomo com atribuições próprias que derivam diretamente do texto constitucional, e nem sempre atuam como órgão auxiliar do Poder Legislativo.

As atribuições do TCU estão previstas no art. 71 da CF nos seguintes termos:

“ Art. 71 O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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 à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

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 inciso II;

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

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;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras combinações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, senão atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.”

Examinemos, em rápidas pinceladas, cada um desses incisos distinguindo aqueles em que funcionam como órgão auxiliar do Poder Legislativo daqueles correspondentes às atribuições próprias do TCU

No inciso I, o TCU aprecia as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser elaborado em 60 dias, a contar da data do recebimento delas. Aqui o Tribunal age como mero órgão auxiliar do Congresso Nacional.

O parecer em questão não tem caráter vinculativo. O TCU pode opinar pela aprovação das contas e o Parlamento promover a sua

rejeição, ou, pode a Corte de Contas propor a rejeição das contas e o Poder Legislativo decidir politicamente pela sua aprovação.

No nosso entender pelo princípio da simetria o presidente da mesa da Assembléia Legislativa deveria receber o mesmo tratamento, e não ter as suas contas julgadas diretamente pelo Tribunal de Contas. Porém, o STF na ADI nº 849/MT declarou a inconstitucionalidade do inciso I, do art. 47 da Constituição do Estado de Mato Grosso que dispensava às contas da Assembléia Legislativa o mesmo regime jurídico peculiar às contas do Chefe do Poder Executivo. No mesmo sentido, as decisões proferidas na ADI nº 140-RO, ADI nº 1175-DF e ADI nº 1779-PE.

Outrossim, é importante observar que o julgamento de contas do Presidente da República cabe exclusivamente ao Congresso Nacional em sua sessão conjunta (arts. 49, IX e 71, I da CF) presidida pelo Presidente do Senado Federal, e não à Câmara dos Deputados como vem acontecendo e de forma extemporânea. As contas dos Presidentes Collor, Fernando Henrique, Sarney, Itamar e Lula foram aprovadas conjuntamente pelo órgão fracionário do Poder Legislativo (Câmara dos Deputados), esvaziando a legislação eleitoral que proíbe à candidatura de quem tiver as contas rejeitadas.

O parecer prévio ofertado pelo TCU, muitas vezes, perde-se nos escaninhos do Congresso Nacional sendo apreciado com lustros de atraso, e pelo órgão fracionário da Casa Legislativa, o que revela pouca importância que o Parlamento Nacional confere ao controle da execução orçamentária.

Note-se que o inciso II atribui ao TCU o julgamento direto das contas dos demais responsáveis pelo dinheiro público. Aqui a Corte de Contas atua de forma independente e autônoma.

Questão interessante que não está suficientemente abordada pela doutrina especializada diz respeito à correta aplicação dos incisos I e II, do art. 71 da CF. Sabe-se que alguns julgados do TSE, para efeito de inexigibilidade do agente público por ter a conta rejeitada (art. 1º, I, g da Lei Complementar nº 64/90), distinguem as contas anuais do Presidente da República (contas de gestão ou de governo, inciso I)

das despesas por ele feitas enquanto ordenador de despesas (gestão de contas, inciso II). Na primeira hipótese as contas recebem parecer prévio do Tribunal de Contas para serem julgadas pelo Legislativo, e na segunda hipótese as contas são diretamente julgadas pelo Tribunal de Contas.

Realmente, a regra geral é a do inciso II, que submete ao julgamento direto pelo Tribunal de Contas as contas apresentadas pelos administradores e demais responsáveis pelo dinheiro público, dentre os quais, o Presidente da República que é um administrador e um dos grandes responsáveis por dinheiro público, sem dúvida alguma. A exceção fica por conta do inciso I em que o Presidente da República apresenta as contas anuais, ou seja, as contas de gestão da administração como um todo (contas de governo), abrangendo as contas dos demais Poderes como decorrência do princípio da unidade orçamentária. Nessa hipótese, o julgamento deverá ser feito exclusivamente pelo Poder Legislativo mediante parecer prévio do TCU que subsidia a decisão, porém, sem caráter vinculativo.

No entanto, o STF, reformou esse escorreito entendimento do TSE, por maioria de votos, e em sede de repercussão geral determinou a aplicação do regime de parecer prévio a ser submetido à Casa Legislativa as contas de prefeitos, tanto as de governo, quanto as de gestão. Deliberou, todavia, que o referido parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores (RE nº 848.826, *DJe* de 18-08-2016).

O inciso III, por sua vez, submete à Corte de Contas a apreciação de toda e qualquer admissão ao serviço público excetuada apenas a nomeação aos cargos de confiança. Os atos de concessões de reformas, aposentadorias e pensões se incluem dentre das atribuições autônomas do Tribunal de Contas.

A Corte Suprema sempre entendeu que esses atos, por serem complexos, só se aperfeiçoam com os registros deles perante o Tribunal de Contas dotando-os de definitividade administrativa. A natureza complexa desses atos veio a ser expressamente proclamada

no julgamento do MS nº 25697/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* 5-3-2010.

Contudo, com a devida vênia, entendemos que esses atos não são complexos, gerando efeitos desde a sua edição, não ficando na dependência de apreciação pelo Tribunal de Contas para se aperfeiçoarem, sob pena de contrariar os princípios da razoabilidade, da boa-fé e da segurança jurídica, tendo em vista a habitual morosidade de atuação da Corte de Contas. Outrossim, não há ato administrativo que não seja perfeito, mas que esteja gerando efeitos jurídicos. O que a Corte de Contas pode fazer é invalidar o ato administrativo. Detectada e declarada eventual ilegalidade na concessão da aposentadoria, da reforma ou da pensão, o órgão de origem deverá cessar os pagamentos respectivos, a partir da ciência da decisão do Tribunal de Contas.

O inciso IV encerra uma atribuição que representa a atividade fiscalizatória propriamente dita, encetando inspeções e auditorias de ofício ou por iniciativa dos órgãos do Poder Legislativo atuando, portanto, como órgão autônomo, ou como órgão auxiliar, conforme o caso. De certa forma essas inspeções e auditorias funcionam como sucedâneo do controle preventivo abolido pela Constituição de 1967.

Prosseguindo no exame dos incisos, o inciso V coloca sob fiscalização autônoma do Tribunal de Contas todas as contas nacionais de empresas supranacionais, como resultado do disposto no parágrafo único do art. 70, que submete ao controle “qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Nesse particular, a utilização dos recursos do fundo eleitoral deveria ser submetida ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas, e não mera prestação de contas junto aos tribunais eleitorais (TREs e TSE) que as examinam tão somente pelo seu aspecto formal, funcionando, às vezes, como instrumentos de legalização de dinheiros públicos desviados. São os casos de registros de “candidatos laranja” para justificar as despesas feitas, na verdade, embolsadas por aqueles que manuseiam tais recursos financeiros.

O inciso VI, por sua vez, versa sobre fiscalização da aplicação de recursos repassados pela União às demais esferas políticas. São auxílios e subversões que representam despesas da União sem caráter contra prestacional. O art. 25 da LRF faz referência a transferências voluntárias a outros entes da Federação a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira.

O inciso VII determina que o Tribunal de Contas, enquanto auxiliar do Poder Legislativo preste as informações solicitadas por qualquer uma de suas Casas, ou por qualquer de suas comissões permanentes, versando sobre todas as matérias orçamentárias sujeitas ao controle do Parlamento. Como já assinalamos, esse fato não transforma o TCU em órgão auxiliar do Congresso Nacional.

O inciso VIII atribui ao Tribunal de Contas a aplicação de multas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas. As multas aplicadas terão eficácia de título executivo, de conformidade com o § 3º, do art. 70 da Constituição Federal.

O inciso IX incube ao Tribunal de Contas a fixação de um prazo para sanar o ato ilegal que for constatado no curso da fiscalização.

O inciso X autoriza o TCU, se não atendido o prazo a que se refere o inciso anterior, sustar a execução do ato impugnado, comunicando a sua decisão a Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

O inciso XI determina que o Tribunal de Contas comunique ao poder competente sobre qualquer irregularidade ou abuso que vierem a ser apurados. Só que se a ilegalidade for constatada em um contrato administrativo, o ato de sustação incube ao Congresso Nacional, o qual, em respeito ao princípio da separação dos poderes, solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (§ 1º do art. 71). Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito (§ 2º do art. 71).

Não há unanimidade na doutrina quanto à interpretação desses parágrafos 1º e 2º. Alguns autores entendem que o Legislativo não poderá adotar posição diferente do entendimento técnico-jurídico externado pela Corte de Contas para validar o contrato impugnado.

Para nós a decisão do Congresso Nacional é política e não jurídica, pelo que ele pode deixar de suspender o contrato por motivo de conveniência e oportunidade, permitindo que o contrato prossiga em sua execução, para evitar danos maiores com a interrupção da obra pública.

Se for deliberada a suspensão, o Tribunal será cientificado dessa decisão para apreciação de responsabilidade. Se no prazo de 90 dias, nem o Congresso Nacional, nem o Poder Executivo, adotar medidas cabíveis deverá o Tribunal de Contas decidir a respeito. A Constituição vigente não esclarece que tipo de decisão deva tomar o Tribunal. Na ordem constitucional antecedente, na omissão do Congresso em pronunciar-se no prazo de 30 dias acerca da representação apresentada pela Corte de Contas, a impugnação feita pelo tribunal era tida como insubsistente.

Porém a Constituição vigente é silente a respeito. Entendemos que cabe à Corte de Contas determinar a sustação da execução do contrato, seguida de imputação de débito ou de multa aos responsáveis, conferindo à decisão o caráter de título executivo, na forma do § 3º, do art. 71 da Magna Carta.

Entretanto, esta não é a melhor solução. Deveria ser aberto novo certame licitatório para conclusão da obra. Dessa forma evitaria o desperdício de verbas com inúmeras obras paralizadas e sendo destruídas por intempéries ao longo dos anos.

3.4 CRÍTICAS À ATUAÇÃO DO TCU

Nem sempre a atuação do Tribunal de Contas da União atinge os resultados desejados. Seu desempenho é passível de várias críticas, quer pela forma de investidura de seus membros, quer pela morosidade de sua atuação, quer pelo caráter não vinculativo de seus pareceres.

Forçoso reconhecer, entretanto, que a questão da investidura dos Ministros do TCU sofreu um avanço na Constituição de 1988 (§§

1º e 2º do art. 73) ²²⁰, que eliminou o critério de livre indicação pelo Presidente da República, contribuindo para eliminar a elevada dose de suspeição que contaminava a legitimidade da apreciação das contas prestadas pelo governante. Entretanto, os seus membros continuam sendo recrutados, por meio de um critério que não elimina de todo o subjetivismo de quem os nomeia.

Outrossim, é sabida a morosidade de atuação do Tribunal de Contas deixando de detectar as irregularidades praticadas a tempo de viabilizar a reposição dos danos causados ao erário público. Com o passar do tempo tudo cai no esquecimento, segundo a máxima “o tempo apaga os vícios”. Às vezes, uma irregularidade posterior de maior grandeza tem o condão de minimizar a anterior, ou de fazê-la cair no esquecimento, propiciando a formação de um clima para implantação de um círculo vicioso.

Com a eliminação do controle prévio, que estava na Constituição de 1946 (art. 77, §§ 1º e 2) só restou ao TCU, para tornar eficiente a sua atuação, otimizar o controle concomitante, isto é, aquele exercido no curso da realização da despesa, possibilitando a sua sustação sempre que detectada qualquer irregularidade. Ocorre que, na maioria das vezes, a atuação do Tribunal está voltada para o controle posterior e assim mesmo com muito atraso.

Lembre-se, por oportuno, que o controle prévio não mais existe entre nós. É unânime a doutrina nesse sentido²²¹.

Outra ineficiência da atuação do TCU é a que diz respeito ao parecer meramente opinativo, quando se trata de apreciar as contas anuais apresentadas pelo Chefe do Executivo. Por outro lado, cabe

220 Do total de nove membros, um terço é escolhido pelo Presidente da República com aprovação do Senado, sendo dois alternadamente dentre os auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal. Dois terços são escolhidos pelo Congresso Nacional.

221 Ricardo Lobo Torres, *Curso de direito financeiro e tributário*, 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 205; Rodrigo Oliveira de Faria, in *Orçamentos públicos*, 2ª ed., obra coletiva, coord. de José Maurício Conti. Revista dos Tribunais, 2010, p. 264; Ana Carla Bliacheriene, in *Orçamentos públicos e direito financeiro*, obra coletiva, coord. de José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.213-1.214.

esclarecer que mesmo no exercício de sua atribuição própria, isto é, quando o Tribunal age como órgão autônomo e independente, limita-se a julgar as contas e não as pessoas. Lembramos, porém, que hoje, o Tribunal de Contas tem o poder de proferir decisão imputando débito ou multa ao responsável pela ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, à qual a Constituição confere eficácia de título executivo (§ 3º, do art. 71). Sua atuação serve, também, para dar embasamento aos processos de responsabilização a serem aplicados pelas instâncias próprias. Contudo, se formos pesquisar o percentual de recuperação de despesas consideradas ilegais pelo TCU verificar-se-á que os malbaratadores de verbas públicas ficam, em sua maioria, impunes sob todos os aspectos. E isso porque a eficácia de suas decisões fica sempre na dependência da atuação de outros órgãos do Executivo ou do Legislativo.

E mais, apesar de investidos das mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (§ 3º, do art. 73 da CF) os membros do TCU estão longe de exercer uma função judicante que, entre nós, se constitui em prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário que, em tese, poderá invalidar qualquer decisão da Corte de Contas, mesmo aquela em que a Constituição confere eficácia de título executivo. É o que decorre do princípio constitucional do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), que é uma garantia individual protegida pela cláusula pétrea.

Outro aspecto negativo diz respeito ao parecer pela rejeição de contas do Chefe do Executivo pelo Tribunal de Contas sem caráter vinculativo, que pode ser ignorado pelo Congresso Nacional, o que não deixa de ser curioso. Os parlamentares, exatamente, por serem leigos, valem-se do conhecimento técnico dos Ministros do TCU, porém, podem decidir contra o entendimento destes. Dessa forma, o pronunciamento de técnicos, obtido com a mobilização de imensos recursos materiais e pessoais, pode ser ignorado por leigos que detêm o poder decisório sobre a matéria, de forma monopolizada. Há visível contradição nessa forma de proceder.

A solução para evitar esse tipo de contradição seria a de integrar o Tribunal de Contas ao Poder Judiciário como uma Corte especializada, tomando-se o cuidado necessário na escolha do critério de sua composição por exigir, não só, conhecimentos técnicos especializados, como também, grande sensibilidade política, sob pena de criar impasses político-institucionais a todo momento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O orçamento entre nós nunca refletiu as reais necessidades de sociedade. O discurso do candidato nos palanques eleitorais e o plano de governo refletidos no orçamento, depois de eleito, não são convergentes.

O Presidente Collor, por exemplo, enquanto candidato falava-se muito em defesa dos descamisados. Depois de eleito, a elaboração da proposta orçamentária anual não estava voltada para a política de inclusão social aumentando, na prática, as desigualdades socioeconômicas.

Depois de aprovada a LOA, na sua fase de execução não se obedece aos princípios constitucionais orçamentários, nem mesmo ao relevante princípio da legalidade das despesas.

A abertura de crédito extraordinário, que possibilita o uso de medida provisória, tornou-se uma constante em todos os governos que se utilizam desse expediente para fazer realocação de verbas para custear despesas correntes. Despesas extradotacionais só podem ser abertas para atender casos de despesas imprevisíveis, como as decorrentes de guerras externas, comoção interna ou calamidade pública como dispõe expressamente o § 3º, do art. 167 da CF. E a fonte de custeio para essas hipóteses não é a anulação parcial de verbas de outras dotações, como vêm fazendo os governantes. Em casos de guerras externas, comoções internas e calamidades públicas os recursos financeiros necessários devem provir de empréstitos compulsórios (art. 148, II da CF), facultada, também, a instituição

de impostos extraordinários nas hipóteses de inimência ou de guerra externa (art. 154, II da CF).

Os governantes vêm, deliberadamente, confundido hipótese de imprevisão com a hipótese de verba não prevista no orçamento, para alterar as prioridades do governo por via de medida provisória.

Não bastassem todas essas vulnerabilidades orçamentárias perpetuou-se uma forma de descumprir o orçamento aprovado, por meio de sucessivas emendas constitucionais instituindo o Fundo de Emergência Social levado a efeito no governo Fernando Henrique Cardoso, para contornar a ausência de orçamento anual decorrente da paralisação da atividade legislativa tendo em vista o tempo tomado com o processo de *impeachment* do então Presidente Fernando Collor. A situação político-institucional se normalizou, mas, o FSE continuou sendo prorrogado com o nome de Fundo de Estabilização Fiscal – FEF – até que, hoje, temos um fundo sem nome, conhecido pela sigla DRU - Desvinculação de Receitas da União, que desmonta anualmente 30% do orçamento aprovado pelo Congresso Nacional. O gosto pela realização de despesas à discrição do governante, e não sob a égide do princípio da legalidade incorporou-se definitivamente na cultura dos sucessivos governantes, e nada indica que um dia isso terá um fim.

Por derradeiro, o orçamento anual entre nós não passa de mera peça de ficção jurídica. É uma mera formalidade constitucional. Tivemos ano, na década de 80, em que o orçamento anual foi aprovado e sancionado no final de agosto. Nem por isso, o governo foi pior ou melhor do que nos anos antecedentes.

REFERÊNCIAS

BLIACHERIENE, Ana Carla, *in Orçamentos públicos e direito financeiro*, obra coletiva, coord. de José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. *Orçamento impositivo*, *in Orçamentos públicos e direito financeiro*, obra coletiva, coord. de José Murício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. *in Orçamentos públicos*, 2^a ed., obra coletiva, coord. de José Maurício Conti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Sérgio Assoni. *Orçamentos públicos e direito financeiro*, obra coletiva, coord. José Maurício Conti e Fernando Facury Scaff. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2019.

Jornal o Estado de São Paulo do dia 27, de agosto de 2018, p. A13.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 16. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A LEI N. 14.133/2021 E SUAS LINHAS DE DEFESA: O PAPEL DO CONTROLE EXTERNO NO NOVO MARCO LEGAL DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

*Leandro Maciel do Nascimento*²²²

1 INTRODUÇÃO

Os tribunais de contas brasileiros se tornaram, nas últimas décadas, agentes relevantes quando o tema é licitações e contratos administrativos. Seja quando é demandado a atuar em consultas, denúncias e representações, seja quando recebe críticas, por parte de licitantes, contratados e gestores públicos, no sentido de que adotam posturas ativistas e intervencionistas, os órgãos de controle externo, no Brasil, têm no tema “licitações e contratos administrativos” uma de suas principais atividades.

Ao longo da vigência da lei n. 8.666, de 21.06.1993 (lei n. 8.666/1993), o papel do controle externo se consolidou nessa seara. Nesse período, ocorreram avanços e retrocessos. Foram detectadas falhas e omissões legislativas, bem como inúmeros pontos positivos no arcabouço jurídico das contratações administrativas.

A nova lei de licitações, lei n. 14.133, de 01.04.2021 (lei n. 14.133/2021), com previsão de dois anos para revogação total da lei n. 8.666/93,²²³ regula com maior detalhe, e alguma sistematização,

222 Doutor em Direito Econômico e Financeiro (USP). Mestre em Direito Constitucional (PUCRS). Especialista em Direito Constitucional (UFPI). Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí. Professor.

223 Nos termos da Lei n. 14.133/2021:

“Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), na data de publicação desta Lei;

II - a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), e os arts. 1º a 47-A da [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.” (BRASIL, 2021).

as relações entre o controle interno e o controle externo quanto aos procedimentos para contratação pública.

Nesse contexto, o presente texto aborda alguns pontos quanto ao controle realizado pelos tribunais de contas em face do advento da nova lei de licitações. Está dividido em duas partes, além dessa introdução e das considerações finais. Na primeira, será apresentado um panorama do controle externo, de modo a justificar a origem, o fundamento, a legitimidade e os modelos no direito comparado. Na segunda, serão apresentadas alterações de pontos específicos, que impactam diretamente o trabalho exercido pelos tribunais de contas. Nessa parte do texto, será enfatizado o artigo 113 da lei n. 8.666/1993 e a revogação quase total de seu conteúdo pela lei n. 14.133/2021.

Busca-se, como objetivo geral do presente trabalho, apresentar uma visão panorâmica do relevante papel que os tribunais de contas brasileiros exercem quando realizam sua competência de fiscalização e controle das contratações públicas, de modo a contribuir com a busca da melhor contratação e com o aperfeiçoamento da gestão pública como um todo.

2 O CONTROLE EXTERNO E OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

Em conhecido trecho do texto n. 51 de “O Federalista”, James Madison, ao participar dos debates que antecederam a criação dos Estados Unidos da América (EUA), afirmou:

Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo.

Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente,

obrigar o governo a controlar-se a si próprio. **A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares.** (HAMILTON, JAY, MADISON, 2011, p. 467. Grifado).

James Madison partia das mesmas premissas da Declaração de Massachusetts, de 1780. Em seu artigo V, havia a afirmação solene de que: “Como todo poder reside originalmente no povo e é dele derivado, os vários magistrados e oficiais de governo investidos dessa autoridade, seja legislativa, executiva ou judicial, são os seus substitutos e agentes, e são sempre responsáveis perante ele” (JELLINEK, 2015, p. 61).

Como fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi além e estabeleceu, em seu artigo 15, que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração” (FRANCE, 1789).

Esse direito de pedir contas é uma demanda natural, um autêntico direito fundamental. Molda a relação jurídica entre os cidadãos e os governos, de modo que quem administra recursos públicos tem o dever de demonstrar honestidade, eficiência quanto aos recursos utilizados, eficácia quanto aos resultados obtidos e a mais ampla transparência.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, já estabelecia o dever, dirigido ao Ministro da Fazenda,²²⁴ de prestar contas aos representantes do povo, no caso os membros da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1824). Logo após a proclamação da República, foi criado o Tribunal de Contas da União.²²⁵ Sem a intenção de detalhar toda a história do controle

224 “Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos às despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.” (BRASIL, 1824).

225 “Em 7 de novembro [de 1890], por iniciativa do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, o Decreto nº 966-A criou o Tribunal de Contas da União, norteados pelos

governamental no Brasil, devem ser registrados mais dois marcos legislativos: o Decreto-lei 200, de 25.02.1967, que, em seu artigo 93, ainda em vigor, dispõe que: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes” (BRASIL, 1967) e a Constituição brasileira de 1988, que, em seu artigo 70, parágrafo único, estabelece o dever de prestar contas a “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, assumira obrigações de natureza pecuniária” (BRASIL, 1988).

Se há um dever de prestar contas, há de existir, em contrapartida, alguém ou algum órgão com competência para as analisar e eventualmente as julgar. Ressalte-se que esse vínculo renova e reforça a confiança dos cidadãos nos governantes,²²⁶ pois o dever formal de prestar contas faz presumir que as despesas públicas serão verificadas e irregularidades serão evitadas. Nesse sentido é que a “condução dos assuntos de interesse público pelo Estado demanda a existência de mecanismos de controle que viabilizem a formação de vínculos de confiança no desempenho das autoridades públicas” (WILLEMANN, 2020, p. 19).

A atividade de controle da gestão pública tem suas origens ligadas ao trabalho legislativo, especificamente no que tange ao acompanhamento das receitas e das despesas (SILVA, 1973, p. 368). Um dos marcos mais importantes foi o conflito, na Inglaterra medieval, entre o Rei João Sem Terra e os barões locais (BALEEIRO, 1978, p. 400). Na ocasião, o monarca submeteu-se à exigência de justificar, perante

princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia-do-tcu.htm>. Acesso em: 31.01.2022.

226 “A caracterização da desconfiança democrática como elemento do sistema político faz com que a **accountability** corresponda a uma versão renovada do princípio revolucionário estampado na Declaração de 1789, tornando-se um dos temas mais recorrentes na agenda política contemporânea, identificado como fator essencial para a avaliação de uma ‘boa’ democracia ou de uma poliarquia” (WILLEMANN, 2020, p. 19-20).

o conselho comum do reino, as razões para a cobrança de tributos e a destinação dos recursos arrecadados, nos termos do artigo 12 da Magna Carta, de 1215.²²⁷ Entende-se que tal documento representa uma espécie de protótipo do que viriam a ser o Direito Tributário, o Direito Financeiro e a moderna técnica do orçamento público, desenvolvida principalmente a partir do Século XIX (BURKHEAD, 1971, p. 05). Nesse contexto, é possível inferir que nem mesmo os desejos financeiros dos reis devem estar acima das leis e que um governo só tem legitimidade se obtiver o consentimento de seu povo, diretamente ou por representantes reunidos em parlamento (CANE, 2016, p. 28-29).

Do poder de autorizar a cobrança de tributos para o reconhecimento da prerrogativa de fiscalizar a aplicação das receitas auferidas o caminho foi curto. A justificativa se mostrou intuitiva: se ao legislativo cabe estabelecer as leis, inclusive e principalmente as leis financeiras, a esse mesmo corpo de representantes cabe a atribuição de, em última instância, exigir e avaliar o cumprimento do que foi determinado ou autorizado (DUVERGER, 1975, p. 367).

Eis, então, o fundamento da competência das casas legislativas para o controle. Deve ser ressaltado que a atribuição de finalidades deve ser acompanhada dos meios e dos instrumentos legítimos e eficazes de atuação. Desse modo, os fiscalizadores passaram a contar com as garantias ao cumprimento da atividade. Garantias institucionais e individuais, estendida aos atuais tribunais de contas e a seus membros (CATARINO, 2014, p. 383-384).

No Brasil, segue-se essa tradição. Nesse sentido, de acordo com a Constituição de 1988, a fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial da União e de suas entidades “será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder” (artigo 70). Ou seja,

227 “12. Nenhuma taxa de isenção do serviço militar (*scutagium*) nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino, a não ser para resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro o nosso filho mais velho e para celebrar, uma única vez, o casamento de nossa filha mais velha; e para isto, tão-somente, uma contribuição razoável será lançada” (COMPARATO, 2008, p. 84).

a “função de controle sobre o Executivo aparece hoje como inerente ao Parlamento, em qualquer regime de governo do mundo ocidental” (MEDAUAR, 2014, p. 104). Esse modelo, por simetria, aplica-se aos entes subnacionais (artigo 74).

Em outras palavras, o Poder Legislativo, em razão da origem e da legitimidade democrática de seus membros, é o protagonista do controle da gestão pública. Trata-se de atuação originária; ao passo que o papel da Administração Pública, em qualquer dos poderes e órgãos autônomos, possui natureza derivada, limitada aos termos das normas editadas pelo legislador. No caso, aos termos das leis. Note-se:

As leis, como atos próprios do Poder Legislativo, já constituem por si mesmas, o instrumento maior de controle da Administração Pública. A razão é singela e se reflete no princípio da legalidade, segundo o qual ao administrador público compete atuar dentro dos parâmetros fixados pelo legislador. **Nunca é demais sublinhar que o Poder Legislativo tem a função de dar vida às leis, ao passo que os órgãos da Administração se incumbem de executar as leis.** Em outras palavras, a atuação do Legislativo é **originária**, enquanto a da Administração é **derivada**, pois que pressupõe o exercício daquela (CARVALHO FILHO, 2019, p. 153).

No entanto, a atuação fiscalizatória do Poder Legislativo possui limites. Com efeito, as casas e seus membros não têm condições materiais de realizar todas as atividades de controle na profundidade e na velocidade que os cidadãos esperam e precisam. Além disso, há questões relacionadas ao caráter técnico de algumas matérias e à necessidade do cumprimento de formalidades processuais que fogem à dinâmica própria dos trabalhos legislativos.

Desse modo, os parlamentos passaram a receber auxílio de órgãos específicos, munidos inclusive de competência julgadora e/ou sancionadora. Delegou-se, desse modo, parcela da atividade

legislativa de controle e de fiscalização, quanto a matérias de natureza técnico, com fundamento na teoria da agência.²²⁸ Atribuiu-se, pois, essa competência a unidades organicamente distintas das casas parlamentares, mas, necessariamente, dotadas de autonomia.

Em alguns países, como nos de tradição anglo-saxônica, esses órgãos são singulares, isto é, compostos por autoridade única. No caso, um auditor ou controlador-geral. Nos EUA, a entidade superior de fiscalização é o *US Government Accountability Office (GAO)*, ligado ao Congresso daquele país e responsável pelo controle e fiscalização orçamentária.²²⁹ No Reino Unido, esse órgão é o *National Audit Office (NAO)*, igualmente singular, vinculado ao Parlamento, que atua como fiscal da despesa pública (*public spending watchdog*) e que tem como um de seus objetivos explícitos a melhoria da qualidade dos serviços públicos.²³⁰ Trata-se do modelo de *Westminster*, por conta de suas raízes britânicas (WILLEMANN, 2020).

Além de serem órgãos singulares, tanto o GAO quanto o NAO são desprovidos de atribuições de julgamento. Igualmente, não aplicam

228 “O ingrediente central da **teoria da agência** reside na existência de um ator (ou de um grupo de atores), denominado **agentes**, que adota decisões e assume posturas em nome de outros atores (grupo de atores), denominado **principal**. O principal, por sua vez, pode tomar decisões que afetam os incentivos disponíveis ao agente para que paute sua conduta, sendo que esse processo de estruturação de incentivos é um foco central da teoria da agência. Aplicando esse modelo à **accountability** horizontal realizada pelas Instituições Superiores de Controle no contexto nacional, o Tribunal de Contas seria o agente, que atuaria por delegação do Poder Legislativo, o qual, por sua vez, assumiria a posição de principal nessa relação. **Nesse sentido, o Legislativo delegaria parte de sua função de controle para o Tribunal de Contas, órgão que dispõe de expertise técnica necessária para subsidiar a fiscalização levada a efeito pelo Parlamento**” (WILLEMANN, 2020, p. 29. Grifado).

229 “The U.S. Government Accountability Office (GAO) is an independent, nonpartisan agency that works for Congress. Often called the “congressional watchdog,” GAO examines how taxpayer dollars are spent and provides Congress and federal agencies with objective, reliable information to help the government save money and work more efficiently.” Disponível em: <https://www.gao.gov/about/>. Acesso em: 31.01.2021.

230 “The National Audit Office (NAO) is the UK’s independent public spending watchdog. We support Parliament in holding government to account and we help improve public services through our high-quality audits. (...) The Comptroller and Auditor General (C&AG), Gareth Davies, leads the NAO and is an officer of the House of Commons. He and the staff of the NAO (about 800 people) are independent of government. They are not civil servants and do not report to a minister.” Disponível em: <https://www.nao.org.uk/about-us/>. Acesso em: 31.01.2022.

sanções. Atuam com a finalidade precípua de produzir informações técnicas para subsidiar a atuação política dos respectivos legislativos.

Em outros países, como nos de tradição romano-germânica, esses órgãos técnicos de atuam de modo colegiado, sob o formato de tribunal. É o caso, por exemplo, de França, Itália, Espanha e o Brasil.²³¹ Esse modelo é conhecido como “Napoleônico”, em razão de suas raízes francesas situadas no período após revolução iniciada em 1789 (WILLEMANN, 2020).

Entre o modelo de Westminster e o Napoleônico, há um híbrido. São órgãos colegiados de controle, tal qual os tribunais de contas. No entanto, não possuem atribuições de julgamento, do mesmo modo que as controladorias. São os *Audit Board*. Esse é o desenho institucional de controle externo observado, por exemplo, na Alemanha, Holanda, Suécia e Argentina (nesse último caso, apenas no governo nacional). A própria União Europeia, tendo moeda, banco central, receitas e despesas próprias, possui um tribunal de contas em sua estrutura supranacional, distinto do órgão de controle externo dos países que a compõem, mas sem atribuições sancionatórias.²³² Quanto a esse modelo híbrido de controle externo, note-se:

No que concerne à sua composição, o arranjo guarda relação com o sistema dos Tribunais de Contas em razão da colegialidade da instância deliberativa, a

231 “A partir de sua criação em 1807, na França, os Tribunais de Contas tiveram uma notável evolução, com implantação na Holanda em 1820, na Bélgica em 1831, na Itália em 1862, estendendo-se, após, pelo mundo inteiro. Por estarem entre os primeiros países a instituírem Tribunais de Contas como órgão estatal destinado a fiscalizar a atividade financeira da Administração, os três tipos clássicos de tribunais de contas citados pelos doutrinadores são: o francês, o belga e o italiano” (MILESKI, 2011, p. 208).

232 “O Tribunal de Contas Europeu tem como missão contribuir para a melhoria da gestão das finanças públicas da UE, promover a prestação de contas e a transparência, e agir como guardião independente dos interesses financeiros dos cidadãos da União. Na sua qualidade de auditor externo da UE, a função do TCE é verificar se os fundos da UE são corretamente contabilizados, cobrados e despendidos em conformidade com os princípios relevantes de economia, eficiência e eficácia e tendo em conta a otimização dos recursos.” Disponível em: <https://www.eca.europa.eu/pt/Pages/MissionAndRole.aspx>. Acesso em: 30.10.2020.

qual, no entanto, é formada por auditores destituídos de competências julgadoras ou de atribuições quase-judiciais. Funcionalmente, portanto, as ISCs [Instituições Superiores de Controle] que seguem o padrão de *audit board* apresentam muito mais afinidade com o modelo de Westminster do que com o napoleônico: elas carecem de autoridade julgadora e dependem fortemente do Legislativo para que seus achados de auditoria possam produzir resultados. Assim, levando-se em consideração o ciclo de *accountability*, as ISCs do sistema *audit board* qualificam-se expressivamente como agências de apoio à supervisão parlamentar” (WILLEMANN, 2020, p. 113-114).

Deve ainda ser mencionado o caso de Portugal. Nesse país, o Tribunal de Contas integra o conjunto dos tribunais,²³³ “estando qualificado como órgão de soberania, sendo-lhe destinados princípios gerais constitucionalmente estabelecidos para os Tribunais Judiciais” (MILESKI, 2011, p. 223). A princípio, em razão da redação e da localização do dispositivo constitucional e a despeito das origens legislativas e da mencionada teoria da agência, pode-se afirmar que, em Portugal, o Tribunal de Contas²³⁴ está no mesmo grupo dos tribunais judiciais.²³⁵

233 “A Constituição da República Portuguesa de 1976 incluiu o Tribunal de Contas no elenco dos Tribunais, qualificando-o como órgão de soberania – a par do Presidente da República, da Assembleia da República e do Governo.” Disponível em: https://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf. Acesso em: 30.10.2020.

234 “Com igual dignidade constitucional formal existe o *Tribunal de Contas* (art. 214.º/1), ao qual compete dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, fiscalizar a legalidade das despesas públicas e julgar as contas que a lei mandar submeter-lhe (cf. arts. 209.º/1/c e 214.º/1)” (CANOTILHO, 2003, p. 677).

235 Constituição da República Portuguesa:

“TÍTULO V Tribunais (...)

CAPÍTULO II Organização dos tribunais

Artigo 209.º Categorias de tribunais

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
- b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;

Em todo caso, qualquer que seja o modelo (*Westminster*, Napoleônico ou *Audit Board* ou mesmo órgão do poder judiciário), os tribunais de contas devem pautar sua atuação em critérios estritamente técnicos e fundamentar suas decisões. Note-se:

O Tribunal de Contas tem como mister a verificação técnica dos dispêndios e investimentos da Administração Pública. Exemplo de exaltação da saudável tecnicidade objetiva da atuação estatal, o controle exercido pelo Tribunal de Contas deve ser acolhido como meio operacional voltado a afastar a análise subjetiva dos atos administrativos – muitas vezes rotulada como ofensiva ao mérito do Executivo. As contas; a adequação entre o recebido e o gasto; a correição do dinheiro público empregado de acordo com as políticas de Estado factíveis, impessoais e com verdadeiras finalidades de atingir o maior bem comum possível devem ser feitas por um órgão técnico, como o Tribunal de Contas. Da mesma forma que os demais meios de controle da Administração, a valorização, a fortificação e o respeito do trabalho desta instituição são chaves-mestra para a realidade de um Estado forte, promotor do cidadão (FRANÇA, 2016, p. 121).

No Brasil, desde o final do Século XIX foi adotado o modelo de tribunal de contas, como órgão integrante do Poder Legislativo. O primeiro criado foi o da União, em 07.11.1890, logo após o início da República. O segundo foi o do Piauí, em 27.05.1891. Ao longo do Século XX, os demais tribunais foram criados e instalados (FERNANDES, 2003, p. 578-580).

Além do TCU, dos TCE's e do TC-DF, existem no Brasil mais duas espécies de cortes de contas. Uma delas é a dos tribunais de contas dos municípios, que abrangem todas as municipalidades de um estado. É

c) **O Tribunal de Contas.**” (PORTUGAL, 1976. Grifado).

é adotado na Bahia (TCM-BA), em Goiás (TCM-GO) e no Pará (TCM-PA). Na estrutura desses entes da federação, há dois órgãos de controle externo: um para o Estado e outro para todos os municípios. Ambos mantidos com orçamento estadual.

Até recentemente, havia o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará. No entanto, este órgão foi extinto pela Emenda Constitucional Estadual n. 92, de 21.08.2017. Suas atribuições, estrutura e quadro de pessoal foram absorvidos pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a exceção dos conselheiros, os quais tiveram seus cargos extintos e os então ocupantes colocados em disponibilidade remunerada. A extinção do órgão foi questionada e a matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.763/CE. Ao decidir o mérito, afirmou-se o entendimento de que os estados têm autonomia para criar e extinguir tribunais de contas dos municípios, permitindo-se “experimentação institucional”, quanto ao melhor modelo de controle em face das peculiaridades locais. Segundo o Ministro Marco Aurélio, relator:

Mostra-se inadequado articular com a perpetuação dos Tribunais de Contas dos Municípios. O legislador constituinte permitiu a experimentação institucional dos entes federados, desde que não fossem criados conselhos ou tribunais municipais, observando-se o modelo federal, com ao menos um órgão de controle externo. É dizer, a Assembleia Constituinte de 1987/1988 limitou-se a reconhecer a existência de estrutura dúplice de controle em determinados Estados, sem torná-la obrigatória. A instituição de Tribunal de Contas específico para as contas municipais não foi tida como essencial para o funcionamento do sistema de controle (BRASIL, 2017, p. 05).

No Brasil, há ainda um outro grupo de tribunais de contas: os que têm competência para um único município. E o que ocorre nas

idades de São Paulo (TCM-SP) e do Rio de Janeiro (TCM-RJ). Cada um exerce controle sobre as atividades de uma única municipalidade, ao passo que os respectivos TCE's têm jurisdição sobre as contas estaduais e de os demais governos locais. Tanto o TCM-SP quanto o TCM-RJ são mantidos com recursos do próprio município. Ressalte-se, porém, que na vigência da Constituição de 1988 tal modelo não pode ser replicado em outros locais, pois é “vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”, conforme artigo 31, §, 4º do texto constitucional.

Não obstante peculiaridades locais, os tribunais de contas brasileiros são órgãos que, a despeito de não comporem o Poder Judiciário, estão submetidos ao mesmo formato, ritos e procedimentos de qualquer tribunal judicial. Assim, são dotados de prerrogativas institucionais equivalentes às dos órgãos judiciais, como a autonomia administrativa, orçamentária e financeira, além de iniciativa de lei sobre matérias de seu interesse.

Do mesmo modo, seus julgadores possuem regime jurídico próprio da magistratura, sendo “legítima a equiparação de juízes do Tribunal de Contas, em direitos e garantias, aos membros do Poder Judiciário”, nos termos da Súmula n. 42, do STF (BRASIL, 1963). Os ministros do TCU são equiparados aos do Superior Tribunal de Justiça (artigo 73, § 3º, da CF/88). Nos estados e no Distrito Federal, os conselheiros são equiparados aos desembargadores. Ministros-substitutos e conselheiros-substitutos possuem as garantias e as vedações próprias da magistratura, quando no exercício das funções de judicatura (artigo 73, § 3º, da CF/88).

Em todos os tribunais de contas, as deliberações devem respeito ao devido processo legal. É imperativa a observância do contraditório e da ampla defesa, exigência reforçada pela Súmula Vinculante n. 03, do STF,²³⁶ sendo facultada a participação de advogado. Igualmente, deve

236 Em razão da natureza dos benefícios de natureza previdenciária no âmbito do serviço público, (aposentadoria, reforma e pensão), a observância do contraditório e da ampla defesa é flexibilizada nos processos que tratam dessa matéria no âmbito dos tribunais de contas, nos termos da Súmula Vinculante n. 03, do STF: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa

ser vedada a prova ilícita e assegurada, na forma da lei, a interposição de recursos, entre outros direitos e garantias constitucionais aplicáveis aos processos. Por sua vez, as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Tudo de acordo com o *due process of law*, o qual deve ser observado por todos os órgãos responsáveis pela fiscalização da lei e aplicação de sanções. Nesse sentido:

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que cláusula do *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação de garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações (NERY JUNIOR, 2009, p. 85).

Ressalte-se que, em cumprimento ao formato judicial adotado pelos tribunais de contas brasileiros, é necessária a participação do Ministério Público. Da mesma forma que ocorre nas causas judiciais que tem por objeto questões relativas a direitos indisponíveis, as decisões proferidas pela instância controladora externa devem ser precedidas, nos termos da lei, da participação do órgão ministerial, seja como parte, seja como *custus legis*. No caso, a atuação ocorre por

quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão” (BRASIL, 2007).

meio do Ministério Público de Contas, nos termos do artigo 130, da CF/88.

Destaque-se que o Ministério Público de Contas não foi uma novidade da Constituição de 1988, pois já existia e atuava perante as cortes de contas “desde os primórdios da República”, conforme exposto pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADI n. 789-1/DF, cujo trecho segue abaixo:

A nova Lei Fundamental do Estado, ao conferir assento jurídico ao Ministério Público que atua perante os Tribunais de Contas, veio, na realidade, a prestigiar, agora de modo mais expressivo, especialmente em face do que dispõe o seu artigo 130, a tradição que se iniciara, na prática republicana de nossas instituições, com a edição do Decreto n. 1.166, de 1892, que veiculou a primeira Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Vê-se, pois, que o Ministério Público junto ao TCU, desde os primórdios da República, quando ainda se ensaiava o seu processo de institucionalização no direito positivo brasileiro, revelou-se peça essencial no desempenho das atividades fiscalizadoras e de controle atribuídas a essa alta Corte de Contas (BRASIL, 1994, p. 258-259).

Por fim, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 ampliou as competências, garantiu estrutura e aperfeiçoou os meios à disposição das cortes de contas. Desde então, poucos órgãos constitucionais receberam tantos instrumentos e mecanismos de atuação e poucos tiveram sua configuração tão detalhada e fortalecida quanto os tribunais de contas brasileiros.

3 O CONTROLE EXTERNO SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ao longo de suas quase três décadas de vigência, a lei n. 8.666, de 21.06.1993, enquanto lei nacional de normas gerais, consolidou a competência dos tribunais de contas para a fiscalização das licitações e dos contratos administrativos no Brasil.

Como a Constituição de 1988 não é clara quanto a essa atribuição das cortes de contas brasileiras, a (agora) antiga lei de licitações exerceu papel relevante nesse ponto. A rigor, o texto constitucional, na parte dedicada à “fiscalização contábil, financeira e orçamentária” (artigo 70 e seguintes), não menciona a palavra “licitação”. Por sua vez, nessa mesma parte, o termo “contrato” é citado uma única vez. Ainda assim, esse vocábulo é utilizado com objetivo restritivo, de limitar a atuação dos tribunais de contas sobre contratos em execução. De acordo com a regra expressa, esses tribunais até podem sustar contratos administrativos, mas apenas no caso de inércia do Poder Legislativo. Essa competência é dirigida primeiramente ao Congresso Nacional.²³⁷ Somente quando decorridos noventa dias sem deliberação parlamentar, é que os tribunais de contas poderão “decidir a respeito”.²³⁸

237 “Segundo o § 1º do art. 171 da CF/1988, a sustação, em se tratando de contrato, incumbirá ao Congresso Nacional, a quem caberá solicitar ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Isso significa que, verificada pelo Tribunal de Contas a ilegalidade relativa a um contrato, será fixado prazo para correção do defeito. Se as medidas apropriadas não forem adotadas, cabe ao Tribunal de Contas comunicar o ocorrido ao Congresso Nacional. Incumbirá a esse promover a sustação do contrato e dar ciência ao Poder Executivo. A autoridade competente do Executivo adotará as providências para impedir a continuidade da situação de ilegalidade. Se for o caso, cabe-lhe promover a ação judicial desconstitutiva da contratação. [...] A competência do Tribunal de Contas torna-se exercitável se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo omitirem, no prazo de noventa dias, as providências adequadas” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.709).

238 “Art. 71. O **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

§ 1º **No caso de contrato**, o ato de sustação será adotado diretamente pelo **Congresso Nacional**, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o **Tribunal** [de Contas da União] **decidirá a respeito.**” (BRASIL, 1988. Grifado)

Não obstante o caráter lacônico do texto constitucional, sob a égide da lei n. 8.666/1993 os tribunais de contas se tornaram essenciais para o desenvolvimento das licitações e dos contratos administrativos. E não só no aspecto punitivo, mas também no exercício da função orientadora. Tornou-se pergunta comum, entre licitantes, membros de comissões e órgãos de controle: “qual é o entendimento do TCU e/ou do (respectivo) TCE?” As respostas passaram a balizar condutas e a fundamentar decisões, inclusive judiciais. Parcela considerável dos avanços e retrocessos nessa matéria pode ser atribuída, portanto, à atuação do controle externo.

Nesse ponto, o artigo 113 da lei n. 8.666/1993 foi importante, ao longo da sua vigência, pois deixou clara a competência das cortes de contas na matéria:

Art. 113. O **controle das despesas** decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei **será feito pelo Tribunal de Contas competente**, na forma da legislação pertinente, **ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução**, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (BRASIL, 1993. Grifado)

Esse dispositivo traz dois comandos. O primeiro estabelece uma regra de competência, ao explicitar a atribuição dos tribunais de contas para “o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos” regidos pela lei de licitações. Se o texto constitucional não é claro quanto a isso, a Lei n. 8.666/1993 é. O segundo comando traz uma regra de distribuição do ônus de provar a boa aplicação de recursos públicos, ao determinar que órgãos licitantes, contratantes e ordenadores de despesa são responsáveis “pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução” dos contratos. Nada mais natural, haja vista que a Administração é quem produz e deve

guardar as informações de todos os atos e os documentos produzidos durante o ciclo da contratação administrativa (caracterização da necessidade, individualização do objeto, licitação ou contratação direta, formalização e execução). E essas informações devem estar disponíveis aos órgãos de controle, aos cidadãos, aos veículos de imprensa e a todos os interessados.

Em verdade, nesse ponto, a lei n. 8.666/1993 não inovou e seguiu uma tradição que remonta ao artigo 79 do Decreto-lei n. 2.300, de 21.12.1986²³⁹ e ao artigo 93 do Decreto-lei n. 200, de 25.02.1967, segundo o qual, que quem quer “que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego” (BRASIL, 1967).

No entanto, a lei n. 14.133/2021 traz uma novidade: o *caput* do artigo 113 será revogado sem que haja qualquer dispositivo equivalente na lei nova. A princípio, tal fato trouxe dúvidas aos profissionais e aos estudiosos de licitações e contratos. Qual será o objetivo da mudança? Restringir a atuação dos tribunais de contas? Eliminar um dispositivo de mero realce? Remeter a análise do ônus da prova para cada caso concreto? Ao final, a fiscalização e o controle serão, de algum modo, prejudicados?

Analisando a lei n. 14.133/2021 em seu conjunto, constata-se que o *caput* do artigo 113 da lei n. 8.666/1993 fará falta, pois deixa clara a relação entre controladores e controlados. O ideal seria que a lei nova contivesse regra equivalente. Contudo, sua revogação não afetará a atuação dos tribunais de contas brasileiros.

239 “Art. 79. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nesta previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação deste decreto-lei, para fins do disposto neste artigo.

§ 2º O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos” (BRASIL, 1986. Grifado).

Em primeiro lugar, porque a definição do ônus de provar a boa aplicação dos recursos públicos está prevista na Constituição de 1988. Continua em vigor o comando segundo o qual deverá prestar contas todo aquele que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União [e, por extensão, Estados, Distrito Federal e Municípios] responda, ou que, em nome desta [destes], assuma obrigações de natureza pecuniária.” (artigo 70, parágrafo único). Ora, o dever de prestar contas traz consigo o dever de demonstrar a correta aplicação dos dinheiros públicos. A rigor, essa obrigação não deixa de existir caso uma lei ordinária não repita a regra constitucional.

Em segundo lugar, a lei n. 14.133/2021 indica que o controle das licitações foi objeto de relevante preocupação por parte do legislador. É possível afirmar que a nova lei busca organizar, sistematizar e mesmo simplificar a matéria. Nesse contexto, importante mencionar a previsão de um setor inteiro para o tema: o Título IV (“Das irregularidades” – do artigo 155 ao artigo 173). Este se divide em três capítulos: 1) “Das infrações e sanções administrativas”; 2) “Das impugnações, dos pedidos de esclarecimento e dos recursos administrativos” e 3) “Do controle das contratações”.

É justamente neste último capítulo onde estão as diretrizes que pautarão o controle das licitações e dos contratos. Reforça-se o controle preventivo, determina-se a submissão das contratações públicas a “práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação” e, por fim, realça-se o controle social. Além disso, são propostas três linhas de defesa das contratações, as quais dão a ideia de trabalho conjunto e diluem eventual protagonismo (ou ativismo) por parte dos órgãos de controle externo. Note-se:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a **práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo**, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação,

e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - **primeira linha de defesa**, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - **segunda linha de defesa**, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - **terceira linha de defesa**, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas (BRASIL, 2021. Grifado).

Os tribunais de contas estão inseridos na “terceira linha de defesa” (artigo 169, III). Ao optar por tal organização, a nova lei parte de um fato e propõe uma sistematização.

O fato é a praticamente incontável quantidade de contratações, seja em fase de preparação, seja em execução, em todos os níveis de governo no Brasil. Por mais motivados e competentes que os tribunais de contas sejam, é impossível realizar um controle minucioso e detalhado em todos os contratos. Mesmo que isso fosse materialmente possível, seria contraproducente, pois os custos do controle superariam seus benefícios. Uma lei que aponte para uma fiscalização exauriente de todas as despesas está fora de sintonia com a realidade e, inevitavelmente, estará fadada ao descumprimento. Além disso, violaria qualquer noção de autonomia que a gestão pública precisa para executar suas atividades.

Optando por outro caminho, a lei n. 14.133/2021 propõe uma sistematização para o controle. Nesse sentido, a partir do artigo 169, a nova lei propõe incentivos para uma maior integração entre (1) o órgão licitante; (2) sua assessoria jurídica e o controle interno e (3) o órgão central de controle interno e os tribunais de contas. Cada um desses componentes, isoladamente e em conjunto, tem o dever jurídico de defender a lisura dos procedimentos e assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos no artigo 11 da nova lei:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o **resultado de contratação mais vantajoso** para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar **tratamento isonômico entre os licitantes**, bem como a **justa competição**;

III - **evitar contratações com sobrepreço** ou **com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento** na execução dos contratos;

IV - **incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável** (BRASIL, 2021. Grifado).

A finalidade que se extrai da nova lei, especialmente do artigo 169, é o reforço do controle feito pela própria administração contratante. As linhas de defesa estão designadas por numerais ordinais (“primeira”, “segunda” e “terceira”). Assim, a menção a uma “terceira linha de defesa” pressupõe a atuação das linhas anteriores. A consequência é que o controle externo seria, em princípio, a última trincheira e somente ocorreria quando esgotadas as linhas anteriores.

No entanto, tal hipótese não parecer ser regra absoluta, pois o cotidiano das licitações é muito dinâmico e as demandas concretas são o elemento decisivo a justificar a atuação (ou não) dos tribunais de contas mesmo antes de esgotadas linhas de defesa anteriores. Ademais, continua em vigor a regra constitucional (artigo 74, § 2º), segundo a qual 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” (BRASIL, 1988). E esse comando deve ser estendido, por simetria, aos demais entes da federação e aos respectivos tribunais de contas.

De todo modo, a atuação interna e prévia ganha inegável relevância com a nova lei. Trata-se, sem dúvida, de uma positiva mudança de paradigma, pois a experiência indica que a maior parte dos vícios e irregularidades são sanados internamente; uma pequena

parcela chega ao conhecimento dos tribunais de contas e uma parcela ainda menor é levada ao Poder Judiciário.

Em todo caso, o reforço das instâncias internas não é feito às custas do enfraquecimento do controle externo. Pelo contrário, este igualmente se fortalece com a nova lei, inclusive com a previsão expressa da concessão de medidas cautelares pelos tribunais de contas, conforme artigo 171, § 1º, § 2º, § 3º e § 4º. Note-se:

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

[...]

§ 1º Ao **suspender cautelarmente o processo licitatório**, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de **25 (vinte e cinco) dias úteis**, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, **o órgão ou entidade deverá**, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo **deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório**, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a **apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo** causado ao erário. (BRASIL, 2021. Grifado)

A lei n. 8.666/1993 não tem previsão equivalente e tal fato gerava dúvidas e insegurança. Ao longo de sua vigência, houve uma construção jurisprudencial, a partir de decisões do STF com fundamento na teoria dos poderes implícitos, de modo a autorizar a concessão de cautelares pelos tribunais de contas. No caso específico das licitações e contratos, o fundamento da possibilidade das cautelares poderia ser reforçado, a partir de interpretação sistemática, do artigo 113, da lei n. 8.666/1993.

A nova lei de licitações avançou ainda mais nessa questão. Mais do que prever tal possibilidade, a lei n. 14.133/2021 reforça a obrigatoriedade do cumprimento das determinações cautelares, ao prever que a inobservância das decisões acarretará o dever de recomposição dos danos ocasionados ao erário por parte dos responsáveis (artigo 171, § 4º).

Nos termos do artigo 113, § 2º, da lei n. 8.666/1993, os tribunais de contas e os órgãos de controle interno podem solicitar editais de licitação já publicados para exame, “até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas”. Por sua vez, na vigência da antiga lei, os órgãos ou entidades estão obrigados não só a disponibilizar o que for solicitado, como também devem adotar as “medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.” Esse dispositivo, tal qual o *caput*, será igualmente revogado e não há outro com teor equivalente na lei nova.

Não haveria qualquer prejuízo ao bom andamento das licitações caso essa regra tivesse sido mantida na lei n. 14.133/2021. Na verdade, traria mais segurança e transparência. Em todo caso, não se vislumbra prejuízo ao controle interno ou externo. Com efeito, conforme a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), cabe ao Tribunal de Contas da União: 1) “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada

ilegalidade” (artigo. 71 IX) e 2) “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (artigo 71, X). Além disso, o texto constitucional estabelece ainda que na hipótese de o controle interno se deparar com alguma irregularidade ou ilegalidade deverá comunicar ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (artigo 75, IV e § 1º). Ou seja, o dispositivo revogado não prejudicará a atuação do controle a cargo dos tribunais de contas. Inclusive, essa solicitação de editais publicados é feita corriqueiramente por meio de sistemas informatizados dos tribunais de contas brasileiros, os quais devem ser alimentados pelos órgãos licitantes.

Ademais, convém lembrar que o artigo 113, § 1º, da lei 8.666/93 (“Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”) está reproduzido com redação até mais abrangente no artigo 170, § 4º (“Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei”). Nesse sentido, é possível inferir que as linhas de defesa da licitação poderão ser provocadas por qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou pessoa jurídica.

Além desses, o advento da lei n. 14.133/2021 traz outros dois pontos sobre o controle externo das licitações e contratos administrativos que devem ser abordados.

De um lado, a lei nova estabeleceu parâmetros mínimos para a atividade de controle. Segundo o artigo 169, § 3º da nova de licitações, as irregularidades detectadas devem ser separadas em grupos distintos: o das “que configurem dano ao erário” e o das “simples impropriedades formais”. No caso de dano, os órgãos de controle “adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração

dos ilícitos de sua competência” (artigo 169, § 3º, II). No caso de falhas formais, a essência do ato deverá ser preservada, mediante a adoção de “medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis” (artigo 169, 3º, I).

De outro lado, deve ser lembrada a necessidade de constante capacitação dos agentes públicos. É o que estabelece o artigo 173:

Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas **escolas de contas**, promover **eventos de capacitação** para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos **cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos** sobre contratações públicas. (Grifado)

Não obstante o aparecimento de críticas,²⁴⁰ o comando do artigo 173 da nova lei possibilitará o compartilhamento, em prol da boa contratação pública, das informações e das experiências acumulada pelos tribunais de contas no acompanhamento e na fiscalização das

240 “O art. 173 ficaria melhor como uma disposição final da Lei 14.133/2021. **As iniciativas a serem desenvolvidas por meio de escolas de contas, o treinamento de servidores, seminários e congressos não traduzem disciplina de direito material, relacionada com licitações e contratações administrativas.** [...] Por outro lado, deve-se tomar em vista que a função específica dos tribunais de contas não consiste em promover capacitação ou treinamento de servidores. **A atividade-fim dos Tribunais de Contas, se for viável adotar essa fórmula, não é promover treinamento.** Em outras palavras, muitos funcionários dos tribunais de contas são altamente qualificados para as funções de controle, mas não detêm as virtudes necessárias ao atendimento das necessidades previstas no art. 173. [...] Portanto, a aplicação satisfatória da Lei 14.133/2021 dependerá dos esforços conjuntos da sociedade. **O respaldo dos tribunais de contas será muito relevante, mas insuficiente para atingir os resultados necessários**” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 1.714. Grifado).

mais variadas modalidades, formatos e objetos de contratos.²⁴¹ Nesse sentido, as escolas de contas têm sua importância realçada.

Com a nova lei, pelo menos no âmbito das aquisições públicas, a chamada função pedagógica dos tribunais de contas²⁴² deixa de ser uma mera faculdade para se tornar um dever jurídico. Dadas a diversidade e a complexidade da matéria, tanto pelas formalidades quanto pelas características de cada objeto a ser contratado (desde o fornecimento de simples material de consumo até o desenho de modelos de concessões e parcerias, passando por complexas obras de engenharia e serviços de tecnologia da informação), mostra-se indispensável a participação dos tribunais de contas por meio de suas escolas, na produção, divulgação e compartilhamento de conhecimento técnico.

4 CONCLUSÕES

O advento da lei n. 14.133/2021 trouxe importantes inovações ao trabalho dos tribunais de contas quanto ao controle e fiscalização das licitações e contratos administrativos.

Nesse sentido, alguns pontos devem ser ressaltados: (1) a nova lei prevê um setor inteiro (“Título IV”) para as “irregularidades” e, por consequência, para a atividade de controle; (2) a nova lei adota

241 “Os tribunais de contas cada vez mais exercem seu controle externo sobre os órgãos administrativos, agentes públicos e mesmo pessoas privadas que manejam bens e dinheiros públicos. Desde logo, destacamos sua importância como **órgão constitucional orientador** e fiscalizador da base da contabilidade pública brasileira, dos procedimentos licitatórios, do regime de pessoal público, etc. **Não fossem os tribunais de contas, a Administração Pública brasileira, tão carente de formação técnica, estaria ainda mais perdida**” (SANTOS, 2021, p. 196-197. Grifado).

242 “Modernamente, esta é a mais nova e inovadora função que está sendo exercida pelos Tribunais de Contas. Trata-se de uma função revolucionária, modificadora de hábitos administrativos, que enseja a instalação de novos procedimentos e direciona uma ação administrativa consentânea com os interesses do cidadão. O exemplo mais candente dessa nova perspectiva envolve o entendimento e aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Não fosse a atuação dos Tribunais de Contas brasileiros, produzindo artigos, livros, manuais, cursos e seminários, mas, sobretudo, com uma ação de controle rígida na exigência de cumprimento dos dispositivos legais, certamente haveria muito mais dificuldades do que houve para a implantação da Lei Complementar nº 101/2000” (MILESKI, 2011, p. 373).

a sistemática das linhas sucessivas de defesa das contratações, de modo a incentivar a integração dos órgãos licitantes, dos órgãos de controle interno e do controle externo, estando os tribunais de contas situados na terceira linha de defesa das licitações; (3) a nova lei, muito embora reforce a atuação dos controles internos, não reduz, em seu conjunto, as atribuições das cortes de contas; (4) a nova lei traz expressamente a competência para a expedição de medidas cautelares em matéria de licitações, atribuição que é reforçada pela previsão de responsabilização em caso de descumprimento das ordens; (5) a nova lei mantém a possibilidade de qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poder provocar a atuação dos órgãos de controle interno e externo no âmbito das contratações públicas e (6) a nova lei determina que os tribunais de contas, por meio de suas escolas, promovam a constante capacitação em matéria de contratação pública, por meio de cursos (à distancia ou presenciais), congressos, redes de aprendizagem ou seminários.

Desse modo, a revogação do *caput* do artigo 113 e do parágrafo 2º, da lei n. 8.666/1993 pela lei n. 14.133/21, não prejudicará a atribuição dos tribunais de contas para a fiscalização das contratações públicas. Pode-se afirmar, inclusive, que se abrem novas perspectivas de um controle efetivo e eficaz, ante a determinação de integração entre as linhas de defesa estabelecidas pelo novo regramento.

No que tange à atuação dos tribunais de contas, tais regras contribuirão para que a lei n. 14.133/2021 atinja seu desiderato e como novo marco para contratações públicas no Brasil.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 31.01.2022.

----- . Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 42*. É legítima a equiparação de juízes do Tribunal de Contas, em direitos e garantias, aos membros do Poder Judiciário. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula42/false>. Acesso em: 31.01.2022.

----- . *Decreto-lei n. 200, de 25.02.1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm#tituloxii. Acesso em: 31.01.2022.

----- . *Decreto-lei n. 2.300, de 21.11.1986*. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1986. Disponível em:

https://planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 31.01.2022.

----- . *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31.01.2022.

----- . *Lei n. 8.666, de 21.06.1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília:

Presidência da República, 1993. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm#art89. Acesso em: 31.01.2022.

----- . Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789/DF*. ADIN – LEI N. 8.443/92 – MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 26.05.1994.. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266534>. Acesso em: 31.10.2022.

----- . Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Súmula Vinculante n. 03*. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula739/false>. Acesso em: 31.01.2022.

----- . Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.763/CE*. Ação direta de inconstitucionalidade – Desvio do poder de legislar – Ausência [...] Tribunal de contas dos municípios – Extinção – Possibilidade [...]. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, 26.10.2017. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341538876&ext=.pdf>. Acesso em: 31.10.2022.

----- . *Lei n. 14.133, de 01.04.2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 31.01.2022.

BURKHEAD, Jesse. *Orçamento público*. Traduzido por Margaret Hanson Costa. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

CANE, Peter. *Controlling administrative power: an historical comparison*. Cambridge UK: Cambridge University Press, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATARINO, João Ricardo. *Finanças públicas e direito financeiro*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle parlamentar. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. Volume 07. Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 153-163.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONTI, José Maurício (Org.). *Orçamentos públicos: a Lei 4.320/64 comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DUVERGER, Maurice. *Finances publiques*. 8. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

FRANCE. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Paris: Légifrance, 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 31.01.2022.

FRANCO, António L. de Sousa. *Finanças públicas e direito financeiro*. Vol. I e Vol. II. 4. ed. 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. 2. ed. Traduzido por Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. [1787-1788].

JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*. Traduzido por Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015 [1902].

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios de processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Assembleia da República: Lisboa, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 31.01.2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021.

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

WILLEMAN, Mariana Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

RESPONSABILIZAÇÃO (SOLIDÁRIA) DO PARTICULAR PELA REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO EM PROCESSOS DE CONTAS - REGIME JURÍDICO E CONTROVÉRSIAS

*Rafael Morais Gonçalves Ayres*²⁴³

INTRODUÇÃO

A temática da responsabilização no âmbito dos processos de competência dos tribunais de contas guarda relação de complexidade com a própria dimensão que estes órgãos de controle externo dispõem no atual modelo constitucional.

O art. 71, da Constituição Federal de 1988, estabelece uma série de atribuições ao Tribunal de Contas da União, das quais decorrem funções típicas (como judicante, sancionadora, fiscalizadora, consultiva, informativa, corretiva, etc.) que exigem, frequentemente, níveis de especialização que não costumam ser próprios de organismos multidisciplinares.

Ao tempo em que analisa contas - sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial²⁴⁴ -, também aprecia atos de pessoal, presta informações para órgãos competentes e para toda a sociedade, susta atos de seus jurisdicionados, realiza fiscalizações (como auditorias e inspeções, por exemplo), julga os processos que catalisam os eventos relevantes em exame e, por fim, aplica sanções e impõe determinações, compreendendo-se aqui a imputação de débito aos responsáveis por dano ao erário.

No exercício da função fiscalizadora, ou seja, quando o Tribunal de Contas empreende uma auditoria ou inspeção sobre determinada

243 Advogado. Servidor do quadro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná - TCE/PR (ocupante do cargo de Coordenador-Geral de Fiscalização entre 2019 e 2021). Pós-Graduação em Auditoria e Inovação no Setor Público pela USP (em andamento), MBA em Gestão Pública com ênfase em Controle Externo pela FAE, graduação em Direito pelo UNICURITIBA, graduação em Gestão Pública pelo IFPR.

244 Vide art. 70 da Constituição Federal.

área ou fatos específicos, cabe-lhe a delimitação das condutas e a demonstração do nexo de causalidade com relação à irregularidade deflagrada, além da verificação da culpa dos agentes. Ou seja, trata-se de atividade acusatória *lato sensu*.

Eis que se coloca o desafio de congregar em um órgão técnico, arraigado nas exatas, a polivalência para ser: (i) um grande repositório de informações, com o fim de assegurar o equilíbrio fiscal, o cumprimento de índices, a transparência, o planejamento, a avaliação de políticas públicas²⁴⁵ (que vai além da auditoria operacional), dentre outras variadas atividades de suma importância para a sociedade; e ainda assim oferecer (ii) um complexo sistema investigativo, instrutório e de julgamento reunidos em uma única instituição. Realizando, nesse particular, tarefas que se assemelham às atribuições da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O aperfeiçoamento do devido processo no âmbito dos Tribunais de Contas, notadamente com vistas à correta responsabilização dos agentes, passa pela assimilação de conceitos do Direito Penal, Civil e Administrativo Sancionador. Outrossim, quanto ao direito material, merece reflexão quais institutos e em qual medida deverão incidir no bojo da atividade fiscalizatória, do nascedouro da auditoria até o seu final julgamento.

O advento da Lei nº 13.655/2018, que introduziu dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, contribuiu de forma determinante a uma interpretação acurada sobre as hipóteses de responsabilização dos gestores públicos, assim como a alteração da Lei de Improbidade Administrativa²⁴⁶ aclarou a discussão sobre o aspecto volitivo na configuração dos atos de improbidade. Não se pretende discutir o mérito de tais normas, mas apenas reconhecer que se sucederam significativas alterações no arcabouço visando a

245 Sobre Avaliação de Políticas Públicas vide Proposta de Emenda à Constituição - **PEC nº 26/2017** e **NBASP 9020**, disponíveis em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129887_e <https://irbcontas.org.br/content/2020/04/NBA7%C3%A3o_de_Pol%C3%ADticas_P%C3%BAblicas_v_24-03-20.pdf>

246 Lei nº 8.429/92 com a redação dada pela Lei nº 14.230/21.

proporcionar maior segurança na interpretação da atuação do agente público.

Por outro lado, percebe-se certa carência doutrinária e alguma controvérsia quanto à temática da responsabilização de terceiro, especificamente o particular, quando da verificação de dano ao erário, especialmente no universo dos tribunais de contas. Motivo pelo qual este artigo se dedicará a examinar a responsabilização daqueles que estão de alguma forma vinculados à Administração Pública, mas não se encontram sob o regime obrigacional da prestação de contas.

1 A JURISDIÇÃO DE CONTAS E A CONTROVÉRSIA SOBRE O JULGAMENTO DE CONTAS DE PARTICULARES

Em tempos recentes, ao apreciar Incidente de Uniformização de Jurisprudência²⁴⁷, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento quanto a sua competência para julgamento de contas de particulares, encerrando longa controvérsia jurisprudencial que existia naquele órgão sobre o tema, nos termos da ementa abaixo transcrita.

Compete ao TCU, de acordo com as disposições dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição de 1988 c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato ou contrato administrativo sujeitos ao Controle Externo

247 Por meio do Acórdão nº 321/2019, de relatoria da Ministra Ana Arraes, disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A321%2520ANOACORDAO%253A2522/DTRELEVANCIA%2520desc2520desc/0/%2520>

A aludida competência seria derivada, essencialmente, da leitura isolada da segunda parte, do inciso II, do art. 71, da Constituição da República, conforme trecho que segue em destaque.

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;**

No que concerne à plena competência dos tribunais de contas de atribuírem responsabilidade, aplicarem sanções e imputações de débitos aos agentes privados (leia-se: pessoas não integrantes da administração pública, em sentido amplo) não paira qualquer dúvida, inclusive conforme ratificado por recentes decisões do Supremo Tribunal Federal²⁴⁸. O aspecto que ainda merece reflexão é se quando as cortes de contas exaram decisões com implicações sobre terceiros estaria propriamente a julgar as suas contas.

Em que pese respeitáveis opiniões no sentido contrário, defende-se que deve haver uma leitura combinada do art. 71, II, da Constituição Federal com o Parágrafo Único²⁴⁹ do artigo que o antecede (art. 70), deduzindo-se que somente quem tem a condição de prestar contas é que estaria sujeito ao seu julgamento.

248 Vide MS nº 24.379/DF (1ª Turma, julgado em 07/04/2015, Relatoria: Ministro Dias Toffoli) e Agravo Regimental em MS nº 37.923/DF (1ª Turma, julgado em 22/04/2022, Relatoria: Ministro Dias Toffoli)

249 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, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Utilizando-se desse enfoque, o inciso II, do art. 71, acima transcrito, separaria o julgamento das contas ordinárias prestadas pelos administradores de forma sistematizada (1ª parte do dispositivo), daquelas contas tomadas de forma especial/extraordinária quando detectada irregularidade que resulte prejuízo ao erário (2ª parte do dispositivo - em destaque na transcrição acima).

Em 2012, ocasião da 5ª Edição do Célebre Tomada de Contas Especial²⁵⁰, o professor Jacoby Fernandes já alertava sobre a tendência de querer sujeitar todo e qualquer agente ao crivo do julgamento de contas, com fundamento na leitura açodada do aludido dispositivo constitucional (art. 71, II), deixando-se de observar o pressuposto do regime obrigacional de prestação de contas.

Conforme aponta Walton Alencar Rodrigues²⁵¹, trata-se de uma **limitação de cunho ontológico**, cuja inobservância, entende-se que poderia conduzir os órgãos de controle a uma verdadeira crise de identidade, desviando-os de sua missão de fiscalizar a correta aplicação dos recursos públicos²⁵².

250 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tomada de Contas Especial: Processo e procedimento na Administração Pública. 5ª Edição. Belo Horizonte. Forum. 2012. Pg.101.

251 Nesse mesmo sentido se posicionou Walton Alencar Rodrigues em “O dano causado ao erário por particular e o instituto da Tomada de Contas Especial” Revista do TCU, ed. 77 (1998). Pgs. 58/59.

A competência de julgar contas, prevista no inciso II do art. 71 da CF, há de ser interpretada em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição, segundo o qual presta contas qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

Verifica-se, portanto, que atos de particulares, não responsáveis pela guarda ou administração de bens públicos, ou de bens pelo quais seja a União responsável, são estranhos ao controle externo e, portanto, não se compreendem no âmbito da competência de julgar contas constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas da União.

Dessa forma, observa-se que não obstante o instituto da Tomada de Contas Especial tenha o seu raio de abrangência definido pelo art. 71, II, da Constituição Federal, do modo o mais amplo possível, permanece limitado por sua natureza intrínseca de voltar-se para a atividade administrativa do Estado. A limitação é de ordem ontológica da Tomada de Contas Especial e do próprio Tribunal de Contas da União.

252 Vide a missão fixada no planejamento estratégico de algumas cortes de contas: *Aprimorar a Administração Pública por meio do controle externo em benefício da sociedade* (TCU 2019); *Atuar no controle de recursos públicos, contribuindo para o aprimoramento da*

Conforme ensina José Ribamar Caldas Furtado²⁵³ “*não há o dever de prestar contas sem a correlativa responsabilidade por gerência de recurso alheio*”, identificando com grande perspicácia a figura do **devedor de contas**.

Ao tratar de hipótese de malversação de recursos públicos, o Tribunal de Contas empreende inspeção/auditoria em face da Administração Pública - ou a ela equiparada, como no caso das entidades do terceiro setor que recebam transferências voluntárias de recursos públicos -, pois ali reside a sua competência ampla de atuação, exigindo documentos e realizando diligências. Não há imperativo legal que submeta os particulares ao mesmo tratamento dispensado ao *devedor de contas*, o que se espera haver é um comportamento de cunho colaborativo, balizado inclusive pela boa-fé.

Constatadas irregularidades, as contas “tomadas” são aquelas dos gestores públicos (em sentido amplo) e não dos particulares, que podem evidentemente ser arrolados para responder ao processo na hipótese de terem concorrido para o dano, sem que isso os transfira²⁵⁴ para o regime de direito do dito *devedor de contas*.

Esta distinção é relevante, sobretudo no que concerne à alocação do ônus probatório atinente às condutas que resultaram em irregularidade, conforme será mais bem abordado no tópico subsequente.

administração e das políticas públicas (TCE/PR 2022); Exercer o controle externo da gestão do Estado e dos Municípios do Rio Grande do Sulaperfeiçãoando a administração pública em benefício da sociedade(TCE/RS 2018); Controlar e contribuir para o aprimoramentoda gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade catarinense (TCE/SC 2017); Fiscalizar e orientar para o bom e transparente uso dos recursos públicos em benefício da sociedade (TCE/SP 2016); Fiscalizar, orientar e avaliar a gestão dos recursos públicos no interesse da sociedade (TCE-RJ 2020).

253 Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão. Revista do TCU nº 109 (2007) disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/438>>

254 Segundo a obra acima mencionada “**o dever de prestar contas é intransferível**, salvo a atribuição de responsabilidade por reparação de dano patrimonial (responsabilidade civil) aos sucessores hereditários do gestor público, até o limite do quinhão transferido;

A titularidade das contas também se revela evidente quando se trabalha a ideia de contas de governo e contas de gestão. A primeira espécie versa sobre as prestações de contas ordinárias, devidas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, tendo como foco a execução do orçamento e a consecução das políticas públicas projetadas (resultados alcançados), cuja apreciação é realizada pelo Tribunal de Contas e o julgamento – de caráter político – é de responsabilidade do Poder Legislativo. Já a segunda aborda atos de gestão específicos praticados no bojo de suas atividades por ordenadores de despesas e demais responsáveis por recursos públicos, podendo ser periódicas ou instauradas de forma extraordinária, possuindo objetivo de apurar irregularidades e promover reparação de dano, para as quais é aplicado julgamento essencialmente técnico pelo próprio Tribunal de Contas²⁵⁵.

No plano constitucional, a competência com relação às contas de governo deriva do disposto no inciso I, do art. 71, enquanto a atribuição para julgamento das contas de gestão reside no inciso II do mesmo artigo, mas ambos são dirigidos às contas sob a responsabilidade de agentes públicos (ou a eles equiparados). Tal análise sistemática do texto constitucional, em consonância com o perfil de atuação dos tribunais de contas, permite excluir a interpretação de que o constituinte pretendia submeter toda e qualquer pessoa à condição de *devedor de contas*, estando assim sujeitas ao respectivo julgamento de contas.

Outrossim, sob o ponto de vista prático, há de se questionar qual seria a consequência do julgamento pela irregularidade das contas de determinada empresa privada contratante com o Poder Público, por

255 Segundo José de Ribamar Caldas Furtado, em obra já citada: “enquanto na apreciação das contas de governo o Tribunal de Contas analisará os macroefeitos da gestão pública; no julgamento das contas de gestão será examinado, separadamente, cada ato administrativo que compõe a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, e ainda os relativos às aplicações das subvenções e às renúncias de receitas. É efetivando essa missão constitucional que a Casa de Contas exercitará toda a sua capacidade para detectar se o gestor público praticou ato lesivo ao erário, em proveito próprio ou de terceiro, ou qualquer outro ato de improbidade administrativa”;

exemplo, tendo em vista que o principal – para não dizer o único - desdobramento deste fato para o agente público é a inclusão de seu nome em um registro que, após encaminhamento à Justiça Eleitoral, pode acarretar sua inelegibilidade, com fundamento no art. 1º, I, g, da Lei Complementar nº 64/1990.

Art. 1º São inelegíveis:

I – Para qualquer cargo: [...]

[...] g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

Não obstante, os tribunais de contas dispõem de ferramentas sancionatórias, como a **declaração de inidoneidade** e a **inabilitação para contratação com o Poder Público**, por exemplo, justamente voltadas para terceiros quem mantenham negócio com a Administração Pública.

Do que foi dito, considerando que os tribunais de contas detêm plena competência para aplicar sanções e imputar débitos aos particulares independentemente de “julgar” suas contas e que, pelo menos conceitualmente, parece incongruente submeter tais pessoas à condição de **devedores de contas**, qual seria a justificativa para se proceder a este “ato formal”?

Ao que parece, as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas, em geral, tendem a condicionar a fixação de responsabilidade solidária ao

terceiro (que concorreu para o cometimento do dano) ao julgamento pela irregularidade das contas, conforme excerto abaixo transcrito.

Art. 16. As contas serão julgadas: [...]

[...] 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. [...]

[...] § 2º **Nas hipóteses do inciso 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.**

(Lei nº 8443/92 – Dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU)

A leitura dos dispositivos acima, sob a lente das premissas anteriormente fixadas, conduz ao entendimento de que a “**responsabilidade**” mencionada no § 2º não é propriamente pelas contas (julgadas irregulares), mas sim pela recomposição do erário, em virtude da ocorrência de **dano, desfalque** ou **desvio** (alíneas “c” e “d” do inc. III).

Nesse sentido, situações que não contemplem o correto exame da conduta do agente público com relação ao ato irregular, ou então que o eximam de qualquer responsabilidade, culminariam em decisões com efeitos somente sobre o terceiro. Ou seja, tratar-se-ia de situação em que as contas do agente público seriam julgadas regulares

(ou regulares com ressalvas), mas haveria a imputação de débito, ou mesmo sanções, ao particular que foi identificado como responsável pelo dano.

A controvérsia merece aprofundamento. Levando em conta que o § 3º, do art. 71, da Carta Magna, não aprisiona a imputação de débitos à decisão que julgue pela irregularidade das contas, seria cabível a imputação de débito à terceiro (particular) sem que haja decisão julgando as contas do agente público irregulares?

Talvez, na via da exceção, haja plausibilidade nesta conformação. Mas, conforme dito alhures, a orientação das cortes de contas deve ser voltada à atuação gestor público (em sentido amplo), de modo que reputa-se inconcebível uma fiscalização que culmine sem o perfeito exame da conduta do agente público diante de uma irregularidade causadora de dano ao erário. Assim, uma incidência maior de decisões que responsabilizem apenas o particular poderia indicar uma disfunção nos trabalhos do órgão de controle externo da Administração Pública.

Em que pese a amplitude da jurisdição de contas e a prevalência do interesse público, as quais permitem a aplicação de sanções e imputação de débitos, a conclusão é de que ao particular (não integrante da Administração Pública ou em situação equiparada) não se transfere a condição de **devedor de contas**, do que se extrai óbice conceitual para que tenha suas contas julgadas pelos órgãos de controle externo da Administração Pública.

2 UMA BREVE FEIÇÃO DO REGIME JURÍDICO NA IMPUTAÇÃO DE DÉBITO AO PARTICULAR PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Das competências constitucionalmente definidas aos tribunais de contas decorrem as prerrogativas de aplicação de sanções aos responsáveis, conforme previsão legal, e de imputação de débito, quando verificado dano ao erário.

Em linha com a doutrina do Professor Fábio Medina Osório, cabe estabelecer uma distinção clara entre o caráter sancionatório e

ressarcitório das decisões das cortes de contas, as quais podem gerar uma dupla consequência aos responsáveis²⁵⁶.

O ressarcimento ao erário se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil do que penal ou das sanções administrativas, pelo que não se submete ao conceito de sanção administrativa nos mesmos termos em que ocorre com outras medidas, até porque **a obrigação de ressarcir é uma restituição ao estado anterior. Fora de dúvida, não se trata de sanção administrativa**, mesmo que assim venha denominada na legislação pertinente.²⁵⁷ (*Grifos nossos*)

As medidas sancionatórias aplicáveis se traduzem em muitas administrativas, muitas proporcionais ao dano, muitas coercitivas (astreintes), declaração de inidoneidade, inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, proibição para contratar com o Poder Público, dentre outras, e devem ser orientadas pelo modelo jurídico delineado pelo Direito Administrativo Sancionador, inclusive no que diz respeito a tipicidade das condutas.

A imposição de sanções tem o condão de reprimir as condutas indesejáveis no seio da Administração Pública, com efeito aflagante ou disciplinar, enquanto a imputação de débito visa à recomposição do erário, com caráter notadamente reparatório/restitutivo²⁵⁸.

Conforme sustenta o Professor Vladimir da Rocha França²⁵⁹, quando o Tribunal de Contas avalia a ocorrência de dano passível de imputação de débito, trabalha com a identificação de ilícito civil e suas consequências.

256 Conforme classifica o Professor Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas em sua exposição no Evento Nova Lei de Improbidade Administrativa na EMERJ, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4tA-MD1eN-s>

257 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 8ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Pg. 126

258 OSÓRIO, Fábio Medina. Citada obra Pg. 127.

259 Conforme exposição realizada em debate promovido pela ANTC, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6oUi0GpMvAE&t=1629s>

Abrindo um breve parênteses antes de evoluir no raciocínio, é preciso se despir da ideia de que todo e qualquer dispêndio público, que não tenha uma contraprestação absolutamente tangível, corresponda imediatamente a um dano/prejuízo passível de apuração. É da natureza das coisas que os empreendimentos ofereçam riscos, assim como o erro faz parte do cotidiano de qualquer profissão. E o que é a Administração Pública senão um gigantesco e complexo empreendimento conduzido por seres humanos? Não se deve insistir na ideia do gestor público infalível, em um discurso mitológico que somente serve para alimentar fábulas, como a do “apagão das canetas”. Portanto, aqui se trabalhará com a ideia de dano ocasionado por ação ou omissão quando, **no mínimo**, não tenha sido observado o dever de cuidado que se espera do administrador e/ou de terceiros que tenham concorrido para a ocorrência do fato.

Pois bem, o ato ilícito a ser identificado pelo Tribunal de Contas é aquele descrito pelos arts. 186 e 187 do Código Civil, que não decorre do descumprimento de relação obrigacional, mas sim da violação de direito aliada à ocorrência de dano a outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme as lições de Venosa²⁶⁰:

Para que surja o dever de indenizar, é necessário, primeiramente, que exista ação ou omissão do

260 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009. Pg. 523.

agente; que essa conduta esteja ligada por relação de causalidade com o prejuízo suportado pela vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa (assim entendido no sentido global exposto). Faltando algum desses elementos, desaparece o dever de indenizar.

Portanto, não há como se levar a efeito qualquer responsabilização sem que haja a delimitação de uma conduta voluntária, a avaliação da culpabilidade e a apuração do dano, além da evidenciação do nexo de causalidade.

Deve-se levar em conta que este conjunto de elementos já proporciona um cenário de hipóteses de responsabilização bastante amplo, eis que, diferentemente do que se pugna no campo sancionatório, as condutas hábeis a ocasionar prejuízo não possuem necessariamente uma tipificação. Trata-se, portanto, de suporte mínimo para conferir juridicidade a decisões que podem ter repercussão gravíssima na vida de pessoas físicas e/ou jurídicas.

Para fins de responsabilização do particular, notadamente pessoas jurídicas com vínculo junto à Administração Pública, a atividade de imputação de débito deve sofrer o influxo do perfil de atuação das cortes de contas projetado pela Carta Magna.

Reforçando o que foi colocado no tópico anterior, não se pode perder de vista que tais órgãos tem como missão o controle da correta execução do orçamento público, em suas variadas perspectivas. O objeto de suas fiscalizações, nesse caso, gira em torno da má aplicação do recurso público – seja na forma de despesas defeituosas, renúncia de receitas, prestações de contas inadequadas ou da própria ineficiência na prestação do serviço público –, isso quer dizer, de irregularidades ocorridas na consecução do gasto inerente ao funcionamento da máquina pública.

Nesse prisma, o enfoque para apuração de eventual irregularidade deve ser na atuação do agente público (ou daquele que em nome da administração tenha assumido obrigações pecuniárias, como as entidades do terceiro setor receptoras de transferências voluntárias,

por exemplo), no caso o ordenador da despesa ou o responsável pela guarda de bens e valores públicos.

A pergunta que vem depois é “quem deu causa ao gasto irregular?” e o primeiro a respondê-la deve ser quem autorizou a sua execução. Existindo alguma excludente, não há qualquer óbice para a sua não responsabilização, mas deve haver o aprofundamento nos fatos, de modo a identificar as responsabilidades, delimitando-se as condutas de todos os agentes, públicos ou privados, que possam ter concorrido com o resultado, não existindo espaço para presunção, especialmente de particulares que estejam respaldados na boa fé objetiva.

Hodiernamente, em virtude da alteração promovida na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, prevalece a interpretação de que o agente público somente responderá pessoalmente por suas decisões em caso de dolo ou erro grosseiro²⁶¹, orientação esta que deve incidir tanto no campo sancionatório quanto para imputação de débito.

261 (LINDB) **art. 28.** O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Também importam as disposições do **Decreto Federal nº 9.830/2019**, que regulamentou a LINDB neste particular:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

E se até mesmo com relação ao agente público, que se encontra sob o regime mais rígido de *devedor de contas*, coloca-se como requisito para responsabilização a ocorrência de erro grosseiro (culpa grave), por qual motivo se afastaria tal premissa quanto à conduta de terceiro? Desconsiderar esse modelo jurídico para responsabilizar o particular por irregularidades apuradas em processos de contas causaria um cenário de grave insegurança jurídica.

De outra sorte, isso não significa que a administração pública não deva buscar o ressarcimento de valores que tenha destinado, por responsabilidade integral de seus agentes, de forma indevida para particulares. Existem para isso os meios apropriados de cobrança, baseados em pressupostos distintos dos que orientam a atuação das cortes de contas.

Cumpra salientar que se reputa altamente reprovável a aquiescência de particulares no recebimento de valores públicos indevidos. Mas não se vislumbra, via de regra, em verbos como “silenciou”, “recebeu”, “beneficiou-se”²⁶² a caracterização de condutas que tenham contribuído para a formação da irregularidade de atos típicos e, muitas vezes, exclusivos do gestor público, como a ordenação da despesa, por exemplo. Não se olvida que a omissão também possa ser arguida para fins de responsabilização do particular, mas a situação precisa levar em consideração a ótica dos direitos e deveres do ambiente privado.

É tentadora a ideia da presunção em alguns casos, podendo existir até mesmo um senso de justiça em fixar a responsabilização ao particular que se beneficiou da irregularidade praticada por agente público. Mas fato é que este caminho levaria à própria responsabilização objetiva dessas pessoas, muitas vezes sem a mera exposição de suas condutas e do nexo de causalidade, flertando até mesmo com a teoria do risco integral.

262 Em que pese a posição defendida neste estudo, cumpre registrar que o Regimento Interno do TCU considera em seu art. 209, § 6º, II, que o recebimento de benefício indevido traduz irregularidade passível de responsabilização do terceiro. Com a devida vênia, compreende-se que tal disposição de forma genérica se encontra em desconformidade com a premissa de “concorrer para o cometimento do dano”.

Não há espaço para fixação de responsabilidade senão com base em aspectos técnicos e objetivos, sob pena de se projetar verdadeiro tribunal de costumes. Se não há elementos de convicção sobre a participação do particular no ato inquinado, isso pode ser consequência de apuração incompleta dos fatos no nascedouro do processo ou da própria impossibilidade de demonstrar determinadas condutas, tendo em vista a limitação do espectro probatório nos processos de contas (essencialmente documentais).

Fato é que a missão constitucional dos tribunais de contas de zelar pela boa aplicação dos recursos públicos deve respeitar os direitos fundamentais das pessoas. Especialmente o particular, não caracterizado como **devedor de contas**, não está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei²⁶³, ao contrário do agente público, que atua sob a égide do princípio da legalidade preconizado no *caput* do art. 37/CF.

Conforme já sublinhado, não se defende dar guarida à comportamentos ímprobos por parte dos particulares, tampouco desguarnecer os recursos públicos de mecanismos de proteção. Pelo contrário, **compreende-se que decisões alinhadas com o ordenamento e que reconheçam os regimes jurídicos aplicáveis fortaleçam o sistema Tribunais de Contas**, promovendo segurança jurídica e repelindo o discurso intitulado de *ativismo de contas*²⁶⁴, que vem sendo fomentado de maneira prejudicial ao sistema.

Até porque existem diferentes esferas de controle, sobrepondo-se competências, mas cada qual com vocação e amplitude próprias.

263 Vide art. 5º, II, da Constituição Federal.

264 Não no sentido positivo cunhado por José Ricardo Parreira Castro em sua dissertação de mestrado, mas nos termos da crítica desenvolvida por Fábio Medina Osório “esse conceito amplo sobre competência do TCU caracteriza um excesso de poder, patologia própria de nossos tempos de **ativismo institucional** [...] a prevalecer tal tendência, o TCU poderá controlar qualquer atividade de qualquer poder, pois tudo implica gasto público. Com todo o respeito que tenho pelo ministro Bruno Dantas, e pelo MPTCU, entendo que pretender controlar o COAF quanto à sua atividade de monitoramento exorbita das funções do Tribunal”.

Fonte: O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU), de Flávio Garcia Cabral, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/349208481_O_ativismo_de_contas_do_Tribunal_de_Contas_da_Uniao_TCU>

A prática de atos corruptivos por pessoas jurídicas em face da Administração Pública deve ser apurada inclusive pela própria entidade lesada, nos termos da Lei nº 12.846/2013.

Em um país como o Brasil e em tempos de pós lava-jato, aderir ao processo de demonização de empresas contratantes com o Poder Público tornou-se algo quase mecânico. Na visão deste signatário, o controle externo atual, à cargo dos tribunais de contas, precisa conciliar o necessário ceticismo profissional, quando da investigação dos fatos, com um juízo imparcial, que não recorra à valoração subjetiva de condutas como único fundamento de decisão.

Outrossim, no universo dos tribunais de contas, a palavra-chave para examinar a responsabilização (solidária ou subsidiária) de particulares por prejuízo ao erário é “**concorrer**”. A exemplo do que consta da Lei Orgânica do TCU, em dispositivo transcrito no tópico antecedente, **dos 33 tribunais de contas pesquisados, 22 se utilizam**²⁶⁵, de forma idêntica ou semelhante, da expressão “*do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo, haja **concorrido** para o cometimento do dano apurado*”.

Além disso o TCE/MS emprega a expressão “**contribuído** direta ou indiretamente”, que possui o mesmo sentido do termo concorrido, perfazendo praticamente **70%** de adoção da aludida expressão pelos tribunais de contas do país em suas normativas elementares.

Os demais tribunais tratam a matéria de forma genérica, imputando o débito ao “responsável”, o que não aparenta excluir a possibilidade de responsabilização de particulares por danos causados.

Da leitura dos dispositivos, não paira dúvidas que a correta **interpretação do verbo concorrer** a ser empregada é a de:

265 A palavra “**concorrido**” consta da Lei Orgânica e/ou Regimento Interno dos seguintes Tribunais de Contas: TC/DF, TCE/AL, TCE/AP, TCE/CE, TCE/ES, TCE/GO, TCE/MA, TCE/MT, TCE-PB, TCE/PI, TCE/PR, TCE/RN, TCE/RO, TCE/RR, TCE/SC, TCE/TO, TCM/GO, TCM/PA, TCM/RJ e TCU (pesquisa realizada entre abril e maio de 2022).

1. Juntar-se para (uma ação comum); contribuir; cooperar: *Tudo concorria para o bom êxito da operação.*²⁶⁶

Nesse sentido, conforme já assentado ao longo da análise do tema, a legislação de regência estabelece uma responsabilidade primária ao agente público responsável pelo recurso e possibilita a extensão dessa responsabilidade, de forma solidária ou subsidiária, à terceiro que tenha de alguma forma **concorrido** para a ocorrência do dano, sendo ele contratante ou parte interessada na prática do ato.

Do que se infere, de partida, a impossibilidade de se examinar o resultado sem a prévia análise do ato administrativo que ensejou o dano ao erário. É o aprofundamento na formação do ato que irá revelar se houve a participação, cooperação, contribuição de terceiro de maneira relevante à produção do resultado.

Aqui reside o ponto crucial, não estando o terceiro na condição de *devedor de contas*, de responsável direto pela prática do ato, cabe à instrução do processo demonstrar que houve de sua parte conduta que contribuiu na constituição do ato danoso. Por exemplo, se o terceiro produziu laudos inverídicos que levaram o ordenador, conscientemente ou não, a realizar pagamentos a maior. Ou se o terceiro apresentou documentação falsa que o permitiu recebimento de benefício indevido. Ou ainda se o particular participou de qualquer espécie de fraude ou conluio visando à obtenção de vantagem indevida em detrimento do erário.

Para além de situações de aparente má-fé do particular, como as acima exemplificadas, reputa-se possível a sua responsabilização por situações culposas, inclusive por omissão. Mas sempre deverá haver uma espécie de dosimetria na avaliação do comportamento do particular, sendo indevida à sua equiparação – para efeito de deveres

266 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4ª Edição. Curitiba: Ed. Positivo. 2009. Pg. 517.

– com o agente público²⁶⁷, devendo inclusive ser reconhecida uma espécie de *hipossuficiência*²⁶⁸ do particular.

Ademais, nem sempre restará totalmente clara a contribuição do terceiro na produção do dano, o que exigirá o aperfeiçoamento da investigação e/ou da instrução do processo. Reforça-se, aqui o ônus da prova recairá sobre o Tribunal de Contas, valendo-se o brocardo *in dubio pro reo*.

Respeitada tal premissa, o Tribunal de Contas pode e deve implicar particulares em suas decisões, inclusive utilizando-se de medidas acautelatórias (como bloqueio de bens) e até da desconsideração da pessoa jurídica, com vistas a obter efetividade quanto à restituição de valores e a aplicação de sanções de cunho inibitório.

Conforme dito, o rol de situações que podem ensejar a imputação de débito é bastante amplo. Dispondo os tribunais de contas atualmente de modernas ferramentas de inteligência e de informações estratégicas, há plenas condições de se conduzirem trabalhos de fiscalização que evidenciem a participação de particulares no cometimento do dano, permitindo assim o seu alcance por decisões em total conformidade com o direito.

3 DO MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E DO CAMPO DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

Tendo como base a premissa de que a responsabilização em exame não decorre do mero descumprimento de obrigações contratuais, cabe reconhecer que nem sempre haverá uma situação clara para justificar, ou não, o processamento das demandas, tendo em vista que as irregularidades apuradas em processos de contas, pelas quais podem vir a ser responsabilizados os particulares, decorrem

267 A não ser que o particular tenha assumido tal condição, como no caso dos dirigentes de entidade do Terceiro Setor subvencionadas pelo Poder Público, por exemplo.

268 Levando em conta que o particular atua sob a égide do Direito Privado, a rigor, não possui o mesmo nível de conhecimento sobre o Regime de Direito Público que o agente público, enquanto este último tem a obrigação legal de conhecer e respeitar.

necessariamente de vínculos (negociais, em regra) entre o Poder Público e a iniciativa privada.

A impossibilidade de, em regra, se avaliar em processos de contas discussões de caráter eminentemente contratuais, decorre da própria incompetência dos tribunais de contas para tal mister, conforme bem consignou o Tribunal de Contas no já mencionado Acórdão nº 321/2019 – Plenário, em passagem abaixo colacionada.

Não é papel do TCU substituir a Administração ou o Poder Judiciário, sob risco de se imiscuir em competências alheias, nas contendas sobre a aplicação de cláusulas puramente comerciais sem indicativos de prejuízos ao interesse público.

Por outro lado, o mesmo acórdão reconheceu que não seria todo e qualquer particular sujeito à jurisdição do TCU, mas sim aquele com algum vínculo com a administração pública, que de alguma forma execute ações derivadas de ato, contrato administrativo ou instrumento congênere sujeito ao controle externo.

Ou seja, os particulares que podem ser alvo de fiscalização do TCU são aqueles que mantém vínculo (geralmente contrato) com a administração pública, mas a atuação do órgão de controle de controle não mira simples descumprimento de obrigação contratual.

Mencionada disposição encontra-se fixada no Regimento Interno do TCU e outros tribunais de contas do país²⁶⁹, transcrevendo-se abaixo as disposições dos §§ 3º e 4º, do art. 248, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná - TCE/PR.

§ 3º Nas hipóteses dos incisos III, IV e V²⁷⁰, a **responsabilidade será pessoal do agente público**

269 São exemplos as normativas do TCE/GO, TCE/MA, TCE/MT e TCM/PA.

270 **Art. 248.** As contas serão julgadas irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: [...]

[...] III - dano ao erário;

IV - desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos;

que praticou o ato irregular, podendo o Tribunal de Contas fixar a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado, bem como dos responsáveis pelo controle interno, por ação ou omissão.

§ 4º A responsabilidade do terceiro de que trata o parágrafo anterior **derivará do cometimento de irregularidade que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais** ou ao não pagamento de títulos de crédito.

Por oportuno, observe-se que a redação do § 3º permite visualizar claramente a ideia defendida ao longo do texto, quanto a responsabilidade primária do agente público, colocando-o em um primeiro plano e abrindo uma **possibilidade** de responsabilização solidária de terceiro, desde que tenha concorrido com ele para o cometimento do dano.

Já o § 4º consigna que a responsabilidade será derivada de irregularidade que vá além do mero descumprimento de obrigações contratuais. Ou seja, a irregularidade que interessa à atuação do Tribunal de Contas não reside em mediar interesses contrapostos colocados na arena do contrato, mas sim aquela que transpassa a barreira da legalidade e repercute em prejuízo ao erário, ou até mesmo em ameaça ao bem-estar social.

Nesse ponto, o parâmetro estabelecido na decisão do TCU para atrair a responsabilização dos agentes em processo de contas é que o descumprimento contratual tenha ocasionado dano ao erário. Sem embargos, entende-se que qualquer descumprimento contratual tenha o condão de gerar alguma espécie de prejuízo, ainda que em potencial, pois acarreta, no mínimo, em dispêndio do mais valioso dos recursos: o tempo.

V - desvio de finalidade.

Assim, sustenta-se que a causa para responsabilização continua sendo a ocorrência do ato ilícito, com o respectivo dano associado, ainda que este ato ilícito represente ao mesmo tempo um descumprimento de obrigação contratual.

Aliás, é evidente que ao praticar ato ilícito a parte também incorre em infração ao contrato, eis que o desenvolvimento das relações contratuais deve ser pautado pela boa-fé objetiva, pela observância ao direito. De modo inverso, não é mera desavença no campo obrigacional que irá atrair a responsabilização em processos de contas.

Ademais, para fins de imputação de débito, o ato ilícito em questão também sofrerá análise de materialidade e relevância, eis que, conforme já declinado, não há tipificação fechada de condutas que ensejam em dano.

Uma obra de pavimentação de via pública que sofra a fiscalização do Tribunal de Contas, por exemplo, pode acarretar a instauração de Tomada de Contas em virtude da empresa contratada não ter aplicado as especificações acordadas de camada asfáltica no piso. Nesse caso, além do descumprimento contratual, há também a prática de ato ilícito pela empresa, seja de forma dolosa ou culposa, pois é flagrante a violação ao direito dos administrados de terem uma via em condições adequadas de segurança e de durabilidade, além do prejuízo material sofrido diretamente pela administração pública contratante.

O aludido exemplo, inclusive, poderia originar, em tese, o julgamento pela regularidade das contas do agente público, desde que comprovada a sua atuação regular na condição de fiscal do contrato, sendo irrefutável que adotasse conduta diversa, mas com a responsabilização e imputação de débito ao particular. Trata-se, entretanto, de exceção à regra.

Outrossim, a complexidade e variedade de vínculos contratuais no universo da Administração Pública, tendo-se, como exemplos, os ajustes decorrentes de concessões, parcerias público-privadas, contratos de eficiência e de diálogo competitivo, não

permitem estabelecer uma regra exauriente de atuação e posterior responsabilização dos agentes pelos Tribunais de Contas.

Certo é que a análise dos contratos é parte integrante das rotinas de controle externo da Administração Pública, mas as irregularidades praticadas no bojo de suas execuções que irão desaguar na responsabilização de particulares em processo de contas transcendem o mero descumprimento de cláusulas obrigacionais, constituindo atos lesivos à ordem legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese os Tribunais de Contas já desenvolvessem um papel de extrema relevância junto à Administração Pública há muito tempo, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que tais órgãos consolidaram atribuições e competências que os elevaram ao protagonismo na salvaguarda do bom uso do recurso público.

De lá para cá, o que se observa é um movimento de ocupação de espaços, com a implementação de poderes implícitos ao atingimento das atribuições destacadas pela Carta Magna²⁷¹ (como o Poder Geral de Cautela²⁷², por exemplo), de modo que suas decisões passaram a ter maior efetividade e passaram a ser amplamente percebidas pela sociedade.

271 Segundo Flávio Garcia Cabral, em artigo já mencionado: “O Tribunal de Contas da União (TCU) tem, nos últimos anos, ampliado cada vez mais sua atuação. Em termos comparativos, mencionando apenas algumas medidas de cunho punitivo e acatelatório, em 2014, o TCU não utilizou nenhuma medida cautelar de indisponibilidade de bens, tendo se valido de 117 em 2017 e 42 em 2018; em 2014 declarou 52 pessoas jurídicas inidôneas, contra 149 em 2018; inabilitou 97 pessoas para exercer cargo em comissão em 2014, ao passo que, em 2018, foram 267.

Esses dados, por si só, não indicam se esse aumento da atividade de controle é positivo ou negativo; porém, demonstra que o TCU tem se tornado gradativamente um protagonista ímpar na condução da coisa pública, sendo impossível e imprudente desconsiderar sua forma de atuar.”

272 Vide MS nº 24.510-7/DF julgado pelo STF em 19/11/2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>>

Nesse breve caminho, segundo Jacoby²⁷³, algumas atividades inerentes ao cumprimento desse imenso plexo de atribuições ainda não atingiram a sua maturidade, justificando-se a ocorrência de *exageros* na atuação dos Tribunais de Contas. Ainda segundo o professor Jacoby, experimenta-se uma fase de *ajustamento de competências*, o que se reputa plenamente natural e de forma alguma diminui a relevância do papel das cortes de contas em benefício da sociedade.

No que toca à discussão ora travada, destaca-se que o TCU saiu de uma posição consolidada de que não cabia a instauração de Tomada de Contas Especial ***em caso de dano ou prejuízo financeiro causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com agente público***²⁷⁴ para o entendimento de que ***lhe compete julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público.***

Oras, sem qualquer oposição à mudança, mas como fica o tratamento a ser dispensado a essa nova “clientela”? Como ficam os processos internos? E como fica a cabeça dos responsáveis pela fiscalização, que trabalham há anos, décadas, tendo como paradigma o *standard* comportamental do agente público e não do privado? Se o Tribunal de Contas tem como objeto o controle externo da administração pública, é natural que seus dogmas estejam calcados no regime de direito público. Querer transplantar este regime, esta forma de ver as coisas para a realidade da iniciativa privada criaria uma figura digna de Mary Shelley.

De todo o exposto, conclui-se que: (i) O particular que não assuma o papel de *devedor de contas* não está sujeito ao julgamento de contas, embora possa ser responsabilizado para fins de imputação de débito e de sanções; (ii) A imputação de débito pelo Tribunal de Contas aos agentes públicos ou privados tem natureza reparatória e compreende a identificação de ato ilícito, contemplando-se,

273 Conforme exposição realizada em Webinar promovido pelo JOTA em 11/08/2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XcRi3UaCVn0&t=2849s>>

274 Súmula nº 187 do TCU.

no mínimo, a delimitação da conduta, o nexo de causalidade e a culpabilidade; (iii) Dada a natureza do Tribunal de Contas, relacionada ao controle externo da Administração Pública, a fiscalização tem enfoque no agente público, que irá responder pela irregularidade praticada, sendo possível a responsabilização solidária ou subsidiária de terceiro que tenha **concorrido** com o dano; (iv) Em tese e na via da exceção, vislumbra-se a possibilidade da responsabilização exclusivamente do particular pelo cometimento do dano, em processo que não contemple o julgamento pela irregularidade das contas do agente público; (v) As irregularidades praticadas no bojo de execução contratual, que irão repercutir na responsabilização de particulares em processos de contas, transcendem o mero descumprimento de cláusulas obrigacionais, constituindo atos lesivos à ordem legal.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Flávio Garcia. *O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU)*. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura volume 16. 2021.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. *“Ativismo de Contas” – Controle das Políticas Públicas pelos tribunais de contas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4ª Edição. Curitiba: Ed. Positivo. 2009

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Competências Sancionadoras dos Tribunais de Contas no sistema do direito positivo brasileiro*. Revista Digital de Direito Administrativo [S. l.], v. 8, n. 1, p. 271-296, 2021. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v8i1p271-296. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/176015>. Acesso em: 16 maio. 2022.

FURTADO, José Ribamar Caldas. *Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão*. Revista do TCU nº 109. 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tomada de Contas Especial: Processo e procedimento na Administração Pública*. 5ª Edição. Belo Horizonte. Forum. 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 8ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

RODRIGUES, Walton Alencar. *O dano causado ao erário por particular e o instituto da Tomada de Contas Especial*. Revista do TCU nº 77. 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 9ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NO ORÇAMENTO PÚBLICO À LUZ DO DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

*Raphael Silva Rodrigues*²⁷⁵
*Flávio de Azambuja Berti*²⁷⁶

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 disseminou-se quando a maioria dos países tinha apenas começado a executar seu orçamento para 2020. Desde então, as prioridades de curto prazo têm sido formular e implementar respostas imediatas à crise, principalmente por meio de instrumentos orçamentários de emergência, como créditos suplementares, realocação de verbas, uso de reservas de contingência e decretos de emergência.

A Covid-19, causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, é uma infecção aguda e potencialmente grave, altamente transmissível e propagada globalmente a partir de seu epicentro na China (BRASIL, 2021d). Diante da pandemia mundial da Covid-19, surgiu a necessidade de adoção de medidas jurídico-tributárias para salvaguardar não apenas a atividade econômica empresarial e a manutenção de empregos, mas também a persistência da capacidade contributiva do contribuinte no pagamento

275 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Professor Universitário (Mestrado, MBA/Especialização e Graduação). Membro integrante de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos. Autor e coautor de livros, capítulos de livros e artigos de revistas científicas. Advogado e Consultor Jurídico.

276 Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Teoria do Direito pela UFSC. Procurador do Ministério Público de Contas do Paraná. Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Positivo. Membro do Conselho Editorial da Revista Raízes Jurídicas. Coordenador da Pós-graduação “lato sensu” em Direito Tributário e Processo Tributário da Universidade Positivo. Têm diversas obras e artigos publicados, dentre os quais “Direito Tributário e Princípio Federativo” pela Editora Quartier Latin, “Pedágio: natureza jurídica”, 3ª ed. pela Editora Juruá, “Impostos: extrafiscalidade e não-confisco”, 3ª ed. pela Editora Juruá e “Federalismo fiscal e defesa dos direitos dos contribuintes” pela Editora Bookseller.

de tributos. Tais ações possuem, como principal finalidade, a redução dos impactos econômicos/financeiros na sociedade.

Colocar em ordem, reformular o sistema tributário e orçamentário brasileiro, desde então se tornou uma tarefa desafiadora, por que tudo é incerto no que se refere às perspectivas econômicas após a quarentena e o imenso choque fiscal causado pela pandemia, agravado nos países ricos em recursos naturais pelo declínio nos preços das commodities e, mais ainda em países como o Brasil.

Quando se fala em orçamento é preciso avaliar o impacto (ainda incerto) da crise da Covid-19 sobre a economia e a situação fiscal do governo; avaliar o espaço fiscal para a manutenção dos gastos prioritários com a crise e com as medidas de recuperação; avaliar as necessidades de financiamento do governo; e aumentar a transparência e a prestação de contas, fornecendo apresentação e contabilidade adequadas das respostas fiscais relacionadas à Covid-19, inclusive medidas extraorçamentárias.

Não há dúvidas de que todos os mecanismos de engendramento orçamentários têm sido empregados, inclusive ferramentas que não costumam ser utilizadas ordinariamente no âmbito orçamentário. Com efeito, a própria institucionalidade jurídica tradicional ampara alguns mecanismos de flexibilidade do orçamento necessários ao atendimento de questões emergenciais e urgentes.

Praticamente todos os países enfrentam restrições significativas em suas finanças públicas, aumento das necessidades de financiamento do governo e uma maior exposição a riscos fiscais (particularmente passivos contingentes). Embora sejam necessários planos fiscais mais folgados e flexíveis, planos fiscais não ancorados e não factíveis podem prejudicar a confiança na economia e aumentar os custos de financiamento.

Todavia, algumas medidas por si sós não são suficientes para enfrentar uma crise econômica e sanitária sem precedentes. Afinal, num cenário de decréscimo sensível no âmbito das receitas da União e dos entes subnacionais, não haveria dúvidas de que o grande lastro de recursos para salvaguardar esse incremento de dispêndios seria

o endividamento público, utilizado para custear, em grande parte, despesas de caráter corrente (nos termos da Lei nº 4.320, de 1964 (BRASIL, 1982).

O problema de que se trata o estudo a seguir é: A pandemia da Covid-19, de fato, impactou o ciclo orçamentário à luz do direito financeiro e tributário?

A incerteza é inerente à preparação do orçamento; contudo, a partir de 2020, ela é muito maior do que o normal devido ao aumento da volatilidade das receitas e das necessidades de gastos imprevistos. Essa imprevisibilidade aumenta a probabilidade de ajustes orçamentários durante o ano e sua magnitude.

Nesse contexto, a alocação de envelopes é um ato complexo de equilíbrio que precisa assegurar flexibilidade suficiente para enfrentar mudanças fiscais rápidas (positivas ou negativas) ao longo do ano, sem acumular atrasados, sobretudo em setores prioritários, como o da saúde, visibilidade para iniciar o planejamento e as atividades de organização para os exercícios fiscais e assegurar que esteja em vigor um regime de freios e contrapesos (inclusive o escrutínio legislativo adequado) e que a execução do orçamento seja compatível com as regras para evitar desperdícios ou uso indevido de recursos públicos. Uma flexibilidade insuficiente será uma camisa de força para as necessidades de gastos imprevistos, enquanto que uma flexibilidade excessiva prejudicará a credibilidade do orçamento.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o impacto da pandemia da Covid-19, no ciclo orçamentário, à luz do direito financeiro e tributário. São objetivos específicos: (i) Verificar os efeitos da pandemia da Covid-19; (ii) Responder se as ferramentas oferecidas pelo direito financeiro e orçamentário disponíveis, estão sendo suficientes para enfrentar o quadro e amenizar suas consequências; (iii) Analisar seus impactos na esfera empresarial, após a imposição de intensas restrições no exercício de liberdades econômicas por parte das empresas, as quais estão sendo impedidas, por tempo indeterminado, de perseguir livremente seu trabalho e crescimento.

A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de publicações periódicas, como artigos de revistas, páginas da web, relatórios de seminários ou anais de congressos científicos (LAKATOS; MARCONI, p. 135, 2017).

Quanto aos objetivos, trata-se de pesquisa exploratória e descritiva, uma vez que é realizado um levantamento bibliográfico bem como uma análise e interpretação dos fatos.

Os estudos feitos em caráter exploratório e descritivo, “são estudos que tem por objetivo descrever completamente determinado fenômeno e, neste caso, para o qual são realizadas análises teóricas” (LAKATOS; MARCONI, p. 135, 2017).

De acordo com Antônio Carlos Gil, este tipo de pesquisa “[...] tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno, ou então, o estabelecimento de relações entre variáveis” (GIL, 2019).

A pesquisa, quanto à abordagem do problema, caracteriza-se por ter natureza qualitativa, uma vez que, conforme Lakatos e Marconi, esta metodologia pode “descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais” (LAKATOS; MARCONI, p. 16, 2017).

Com relação à abordagem qualitativa, Antônio Carlos Gil (p.18, 2019) expõe tal método pode descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos vividos por grupos sociais.

Classifica-se também, como pesquisa teórico-dogmática, afinal, é possível construir críticas aos conceitos estabelecidos na literatura de teoria do direito para compreender melhor determinados conceitos e, até mesmo, modificá-los ao longo do tempo (LAKATOS; MARCONI, 2017).

Com os desafios da Covid-19, a documentação e aprovação do orçamento ganham importância ainda maior. As autoridades precisam transmitir clareza, credibilidade e foco para a legislatura, os MOE e o público em geral.

Levar clareza a um panorama de políticas altamente complexo. A documentação do orçamento é uma oportunidade importante para apresentar um panorama completo sobre as medidas e pacotes de políticas anunciados. Para isso, é preciso regularizar as medidas novas e previamente anunciadas.

Essas medidas devem fornecer os detalhes e custos mais atualizados; incluir as medidas extraorçamentárias relacionadas à Covid-19, medidas que, permitem ao legislativo avaliar a adequação dos pacotes de reação em um contexto mais amplo de políticas, bem como examinar as medidas que possam envolver riscos fiscais significativos.

Um anexo especial que apresente todas as medidas fiscais e extrafiscais, inclusive passivos potenciais, e todos os seus possíveis custos, bem como informações sobre a eficiência dessas medidas, traria mais clareza à documentação orçamentária e facilitaria seu exame.

2 O ORÇAMENTO BRASILEIRO IMPACTADO PELA PANDEMIA DA COVID-19

Os impactos econômicos independeram das medidas severas de isolamento social, medida eficaz dos países e, até certo ponto, conteve a velocidade da propagação e casos de Covid-19, salvando vidas e protegendo a economia (OPAS, 2020).

O preço a pagar foi alto visto que a proibição da circulação social levou da dispensa de empregos formais e impactos na renda dos informais. Freou-se a quantidade de infectados à procura do sistema público de saúde mas, foi inevitável a crise de abastecimento, queda do preço das *commodities*, em particular o petróleo. Nessa cadeia, houve queda das vendas em geral, desemprego, queda no nível de renda e, por conseguinte, do consumo.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio - PNAD contínua (IBGE,2020), no Brasil, em 2020, havia mais de 12,8 milhões de pessoas desocupadas e, dentre os ocupados (89,2 milhões) apenas

32,2 milhões possuem carteira assinada, a diferença, 57 milhões, corresponde a população que sobrevive na informalidade. O número de pessoas em situação de extrema vulnerabilidade chegou a 13,5 milhões e, cerca de 25% da população brasileira (cerca de 52,5 milhões) estão abaixo da linha da pobreza, conforme IBGE (2020).

Devido ao alto índice de hospitalização e contaminação, o sistema de saúde brasileiro entrou em colapso. Chegamos ao segundo semestre de 2021, em 2º no ranking de números absolutos de vítimas, o 8º no ranking mundial, com 2.347 mortes por milhão de habitantes, sem contar as milhares de mortes por Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG), soma-se a isso a falta de testagem no país comparada a outros países (BRASIL, 2021).

Com dados tão alarmantes e descontrolados, o governo brasileiro lançou mão da abertura de créditos extraordinários. A retração dos investimentos diretos, retração dos empregos e geração de demanda efetiva, a busca por portfólios mais líquidos e seguros por parte dos investidores rentistas provoca saída de capitais e por consequência a desvalorização cambial. Devido à baixa demanda efetiva, a inflação tende a ceder (BRASIL, 2021).

A crise proveniente da Covid-19, ameaçou o equilíbrio orçamentário devido ao desequilíbrio das despesas e receitas, ameaçando a equidade social e, os créditos extraordinários permitem flexibilizar o orçamento público, quando atribui ao Poder Executivo do Governo Federal autorizar a criação de despesas urgentes e imprevistas, por meio de Medida Provisória, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Legislativo (MONTEIRO, 2021).

Conforme a Constituição Federal, a União, mediante lei complementar, poderá constituir despesas extraordinárias, decorrentes de situação de emergência e urgência (BRASIL, 2020). Em tempo, situação de emergência é um fato não previsto que causa danos e prejuízos que afetam a capacidade de ação do poder público do ente atingido parcialmente (BRASIL, 2010).

Despesas urgentes contam com a flexibilização do orçamento, entretanto, municípios que enviarem seus Decretos de Calamidade

Pública à Assembleia Legislativa do Estado para reconhecimento, conforme previsão legal, precisam demonstrar a efetiva necessidade, fundamentada em fatos e circunstâncias devido às flexibilizações legais inerentes à situação de emergência, em prol da equidade social (BRASIL, 2020).

É importante observar o princípio da transparência em relação às contratações de pessoal, aquisições de bens e serviços e renúncias de receitas. A publicidade é especialmente importante agora, para que os órgãos de controle externo e a sociedade, diretamente, tenham condições de acompanhar e fiscalizar o trabalho dos gestores (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2020a).

Outra necessidade é a fixação prévia de critérios objetivos – além daqueles já estabelecidos na legislação vigente para a concessão de qualquer benefício pelo poder público, como, por exemplo, auxílio financeiro aos mais necessitados, ou isenção fiscal a pessoas jurídicas em dificuldades. Esse cuidado é importante para que se respeite o princípio da impessoalidade e se preserve a isonomia no tratamento de cidadãos e empresas.

Gestores devem informar aos respectivos Tribunais de Contas, por meio de relatórios periódicos, todas as ações adotadas no combate ao novo coronavírus e aos seus efeitos reflexos, indicando as despesas e respectivas fontes de custeio.

3 O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 PELO DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO

Em meados de março de 2020 o governo brasileiro necessitou intervir na economia com medidas de alocação de recursos e distribuição de renda, a fim de se evitar o aprofundamento da crise econômica. De acordo com Giacomani (2021), a necessidade de aumentar o bem-estar da sociedade, garante que o setor público intervenha na economia desempenhando as funções alocativa, estabilizadora e distributiva.

Na pandemia do Covid-19, o Governo Federal “vem atuado” por meio da função distributiva do orçamento do Estado, mediante a distribuição de auxílio emergencial para parte da população, entretanto o auxílio no montante de R\$ 600,00 só foi possível graças à atuação do Senado Federal. Desta forma, “o auxílio emergencial chegou a 38,7% dos domicílios brasileiros em maio. É o que aponta a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo IBGE” (BRASIL, Ministério da Cidadania, 2020).

O desenvolvimento e a redução das desigualdades no Brasil ou em qualquer país dependem de alocação de recursos. No documento “Políticas Fiscais para proteger as pessoas durante o surto de Covid-19”, o Fundo Monetário Internacional (FMI) (2020 como citado em Mello et al. (2020) defende que despesas com saúde e demais medidas para contenção da Covid-19 precisam ser feitas independente do espaço no orçamento que o país disponha.

Quanto à decretação do estado de calamidade, que juridicamente é uma aguda crise marcada pela gravidade e transitoriedade além das previsões constitucionais, foram positivadas diversas leis sobre o assunto, destacando-se a Lei nº 13.979 de fevereiro de 2020 que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020, p.1) e também específicas para atual pandemia mundial como o Decreto Legislativo de nº 6 de 2020, estabelecendo o reconhecimento da Calamidade Pública Nacional e, ainda, da Medida Provisória nº 921 de 2020, proporcionando a concessão de “Créditos para enfrentamento do Coronavírus” (BRASIL, 2020).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) dentre outras normas, regulamenta o limite de gastos com pessoal, sendo assim aos estados, municípios e Distrito Federal, é lícito comprometer até 60% de sua receita corrente líquida – sendo 54% no Poder Executivo e 6% no Poder Legislativo, objetivando a fiscalização de gastos públicos e regularização do endividamento da União, dos Estados e dos Municípios (BRASIL, 2020).

Quanto ao impacto na dívida fiscal, registre-se que inicialmente na pandemia, estimavam-se o déficit primário em torno de R\$ 514,6 bilhões, no entanto atualmente já se aproxima de R\$ 878 bilhões, elevando ainda a dívida pública bruta em até 10 pontos percentuais, passando dos 75,8%, de 2019, para algo entre 85% e 90% do PIB (IFI, 2020; SENADO, 2020).

No quesito orçamentário, de acordo com Monteiro (2021) a abertura dos créditos extraordinários dificulta o acompanhamento, fiscalização e controle do orçamento público, tendo em vista que os mecanismos de execução orçamentária e financeira das despesas podendo infringir os princípios orçamentários da tecnicidade e da proibição de estorno, princípios norteadores do direito financeiro.

O governo brasileiro autorizou a abertura de créditos extraordinários de mais de duzentos e cinquenta e dois bilhões de reais, representando 4% de aumento nas despesas previstas para o ano (MONTEIRO et al., 2021). Essas despesas a princípio estão direcionadas para auxílio de pessoas em situação de vulnerabilidade (50%), proteção do emprego e concessão de financiamento às empresas (33%), e em torno de 17% especificamente para a saúde.

Como justificativa, reservas de contingência têm um papel importante em momentos como este. O estado de calamidade pública se dá pelas mesmas características do estado de emergência, tendo como diferença o impacto total da capacidade de reação do poder público do ente atingido (BRASIL, 2010).

Em tempos de emergência ou calamidade pública, a gestão orçamentária torna-se ainda mais complexa, e demanda do gestor público um conhecimento holístico sobre o fluxo econômico, o equilíbrio orçamentário, e os impactos sociais. Implicações teóricas também são esperadas, isto porque busca entender os impactos na Covid-19 na economia.

Justen Filho bem se posicionou ao enfatizar que em tempos de calamidade a execução orçamentária estaria direcionada para superação da grave crise na área da saúde. Segundo ele, “a relevância das dificuldades enfrentadas e a dimensão dos riscos de saúde pública

(que) exigem providências imediatas a evitar a difusão da doença e a reduzir o ritmo das contaminações” (JUSTEN FILHO, 2020, p. 1)

Em 07 de maio de 2020 foi aprovada a Emenda Constitucional (EC) nº 106/2020, denominada “Orçamento de Guerra”, que “Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional; e dá outras providências”.

A EC 106/2020 possibilita a flexibilização do orçamento, primeiramente por permitir a abertura de crédito adicional extraordinário, e o não cumprimento da regra de ouro do orçamento público. Também se observa a possibilidade de alterações de valores das receitas e despesas. Assim, quanto a receita permite a concessão de incentivos e benefícios tributários, bem como o recebimento de benefícios. Quanto a despesa possibilita a simplificação da contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes (BRASIL, 2020a).

O Governo Federal fez alterações dos prazos de vencimento do simples nacional e MEI (DAS) para 6 meses, referente à competência de março, abril e maio no tocante aos tributos federais. Essas medidas visaram incentivar as micro e pequenas empresas a manterem os negócios durante à pandemia (JUSTEN FILHO, 2020).

Também foram prorrogados os prazos das contribuições do PIS/Pasep e COFINS para 4 meses em relação a competência de março e 5 meses para a competência de abril, além da redução para zero da alíquota decorrente da venda de sulfato de zinco, das operações de crédito (IOF) e do IPI referente aos produtos descritos no Decreto nº 10.302/2020. De acordo com Justen Filho, (2020) estas ações objetivam incentivar as empresas a manterem os empregos dos trabalhadores.

Em momentos como da Covid-19, manter o equilíbrio orçamentário se torna ainda mais essencial e paradoxal, pois, de um lado tem recessão econômica e retração de receitas orçamentárias, e de outro, um aumento expressivo da demanda por serviços sanitários, o que pode levar o sistema ao colapso, com riscos fiscais futuros (dívida) e incapacidade de atender a população. O equilíbrio no orçamento público pode ser um desafio em países emergentes como o Brasil. Isto porque tem altas demandas por serviços públicos, infraestrutura deficitária e recursos financeiros limitados, além de um alto custo da dívida pública (GIAOMANI, 2021).

Em estudo desenvolvido pelo IPEA – PNAD Contínua, Corseuil e Franca (2020) destacaram que, sob recessão, as pessoas ficam represadas no desemprego e sem oportunidade de trabalho, o que ficou evidente no aumento da parcela de desempregados.

Em 2020, essa parcela passou de 47% para 60% em um espaço de tempo bem mais curto. “As contratações caíram vertiginosamente”, pontuaram. Outro aspecto similar são os primeiros sinais de recuperação do emprego, mais fortes no setor informal. “No terceiro trimestre de 2020, o emprego informal registrava alta de 1,7%”, citaram os autores.

Em 2020, a população fora da força de trabalho (inativos) apresentou um avanço inédito de 39% para 44,7%, respectivamente, do primeiro para o segundo trimestre. “Com a recessão, a variação chegou a mais de cinco pontos percentuais”, explicou Corseuil (2020).

Para o autor, pela ótica de receitas e despesas, o deficit primário do governo central em 2020 foi de R\$ 743,1 bilhões, ante R\$ 95 bilhões em 2019. A quase totalidade do aumento é explicada pelo impacto direto da pandemia no orçamento: o Ministério da Economia (ME) estimou o impacto primário das medidas fiscais adotadas para mitigar os efeitos da Covid-19 em R\$ 620,5 bilhões, sendo R\$ 26,2 bilhões de reduções de alíquotas de impostos e R\$ 594,2 bilhões de gastos. A diferença, de R\$ 122 bilhões, seria o deficit primário de 2020 “ex-Covid”, sem considerar os efeitos indiretos da pandemia (CORSEUIL, 2020).

O efeito indireto da Covid-19 sobre o resultado do governo federal decorre de seu impacto negativo sobre a atividade econômica e da queda da arrecadação de impostos e outras receitas ligadas ao ciclo econômico. Nesse sentido, a arrecadação de impostos e contribuições caiu menos do que se esperava, com a queda nominal de 4,1% sendo explicada pelas compensações tributárias (aumento de R\$ 61,4 bilhões) e outros eventos extraordinários.

A execução de despesas em 2020, de acordo com Silva *et al* (2020) foi influenciada pela decretação do estado de calamidade pública em função da Covid-19, a qual permitiu a realização de um grande volume de despesas extraordinárias que não estão sujeitas ao teto.

Como as metas de resultado primário foram suspensas, não houve necessidade de contingenciamentos. Em 2021, o cumprimento do teto foi uma tarefa desafiadora, mas não impossível, diante do forte aumento das despesas cujo valor acompanhou o salário mínimo e as variações do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), que surpreenderam no ano passado, com variações bem superiores às projetadas tanto no Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) 2021 quanto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) 2021, aprovada no final do ano (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2020a).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo possibilita demonstrar a importância das políticas de Estado no esforço de conter desigualdades regionais, sociais e em condições desfavoráveis economicamente. Tais políticas públicas do Estado é que deverão proteger vidas e, também, a economia brasileira contra a recessão econômica e calamidades públicas, contornando seus déficits.

O Estado Brasileiro ao desempenhar sua função distributiva recorreu ao assistencialismo com o auxílio emergencial, auxílio financeiro aos Estados e Municípios, e, o auxílio às empresas contemplando o recolhimento de PIS/COFINS, a contribuição

previdenciária patronal e a parcela da União no Simples Nacional chegando a cifra de R\$ 96,6 bilhões.

Com tantos recursos disponibilizados da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, há a necessidade de atuação dos órgãos de Controle Externo, principalmente do Ministério Público e dos Tribunais de Contas que, devem atuar de forma propositiva.

Esta atuação tem respaldo, inclusive, nas novas previsões da Lei de Interpretação às Normas do Direito Brasileiro que dispõe sobre a forma de atuação dos órgãos de controle. Sendo que pelo artigo 21 daquela legislação se torna imperativo que, ao anular um ato público, o órgão administrativo aponte qual caminho deverá ser percorrido, apresentando até mesmo as possíveis consequências do ato.

A execução orçamentária, segue duas vertentes, a da normalidade e aquela que atua em situações de calamidade e, principalmente, que os órgãos de controle devem manter a vigilância para que o orçamento público seja otimizado, realizando políticas públicas e concretizando direitos fundamentais em prol da honestidade, contra a corrupção.

Ressalta-se que este artigo traz informações limitadas por que ainda existe a situação de emergência do fenômeno da Covid-19, ou seja, os dados e informações disponíveis vem sofrendo revisões até por que a maioria dos impactos das ações orçamentárias e fiscais ocorrerão a médio e longo prazos, bem como as tomadas de decisões políticas.

Alguns dados de execução da receita e da despesa não podem ser captados, visto que a pandemia Covid-19 está ocorrendo e seus impactos na saúde, economia e sociedade ainda não são bem conhecidos. Este texto deu maior atenção à perspectiva da gestão financeira, enquanto estudos futuros podem avaliar com maior profundidade a dimensão do planejamento do orçamento público.

Os resultados do presente estudo mostraram que os impactos da pandemia da Covid-19, no ciclo orçamentário, à luz do direito financeiro e tributário, fizeram com que estados e municípios tivessem a arrecadação atenuada devido aos repasses emergenciais oriundos da União e dos Governos Estaduais. As receitas foram muito afetadas

pela paralisação econômica gerada pelo avanço do coronavírus nos estados.

A crise sanitária, econômica e social tornou incerta qualquer possibilidade de melhora na atividade econômica. Por tal motivo e, para o governo e a sociedade não sejam pegos de surpresa é necessário mais estudos sobre o orçamento brasileiro na busca de mecanismos de interação entre os Poderes, especialmente o Executivo e o Legislativo, para que se avalie proposições de alterações normativas, para eliminar eventuais falhas do sistema de deliberação remota entre outros fatores e quesitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 março de 2022.

BRASIL, **Orçamento do Governo Federal**: Créditos Adicionais. Câmara do Deputados. 2020a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/creditos>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 106**, de 7 de maio de 2020. 2020f. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. 2020h. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL, **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 20 março de 2022.

BRASIL, Ministério da Economia. **Nota Informativa**: O Coronavírus e seu Impacto Econômico no Brasil. Disponível em: <http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/notas-informativas/2020/nota-informativa-coronavirus.pdf/view>. Acesso em: 21 março 2022.

BRASIL. **Portaria nº 188** de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília, DF. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/Portaria-188-20-ms.htm. Acesso em 24 de novembro de 2021.

BRASIL, Ministério da Cidadania. **Auxílio Emergencial do Governo Federal chega a mais da metade dos lares do Norte e do Nordeste** (publicado em 25/06/2020, 17h29, atualizado em 25/06/2020, 17h50). Recuperado em 28 de junho, 2020, de <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/auxilio-emergencial-do-governo-federal-chega-a-mais-da-metade-dos-lares-do-norte-e-do-nordeste>

BRASIL. Senado Federal. Agência Senado. **Governo já editou 28 MPs relacionadas à pandemia de coronavírus**. Recuperado de <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/15/governo-ja-editou-28-mps-relacionadas-a-pandemia-de-coronavirus>.

CORSEUIL, C.; FRANCA, M. **Inserção dos jovens no mercado de trabalho em tempos de crise. Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, n. 70, nov. 2020.

GIACOMONI, J. **Orçamento Público**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Medidas de subutilização da força de trabalho no Brasil: 2o trimestre 2020**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. (Divulgação especial PNAD Contínua). Disponível em: <<https://bit.ly/39CRnX4>>.

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI) (2020). **Relatório de Acompanhamento Fiscal nº 39**. Recuperado de abril de 2020. http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570660/RAF39_ABR2020.pdf

INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE (IFI) (2020). **Painel dos Créditos Extraordinários Voltados Ao Enfretamento da Pandemia**. Recuperado de http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570660/RAF39_ABR2020.pdf

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2020). **NOTA TÉCNICA 32. Estratégias de coordenação governamental na crise da covid-19.**

JUSTEN FILHO, M. **Efeitos jurídico da crise sobre as Contratações Administrativas.** Disponível em: <https://seac-rj.com.br/artigo-e-feitos-juridicos-da-crise-sobre-as-contratacoes-administrativas/>. Acesso em 27 março de 2022.

JUSTEN FILHO, M. **Um novo modelo de licitações e contratações administrativas?** Disponível em: <https://seac-rj.com.br/artigo-e-feitos-juridicos-da-crise-sobre-as-contratacoes-administrativas/>. Acesso em 25 março de 2020.

MONTEIRO, J. J. Reflexos da Covid-19 no Orçamento Público no Governo Federal. **Revista Gestão Organizacional** 14, no. 1 Especial (2021).

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE [OPAS]. Organização Mundial da Saúde [OMS] (2020). **Folha informativa – COVID-19** (*doença causada pelo novo coronavírus*).

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Orçamento da despesa.** 2020a. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/download-dados/orcamento-despesa>. Acesso em: 17 abr. 2022.

SILVA, T. M. da; KRÜGER, C.; SOARES, C. S.; SOARES, L. I da Silva. A execução orçamentária municipal: um estudo da Secretaria de Educação de Santa Maria – RS. **Revista de Direito da Administração Pública**, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.47096/redap.v1i1.196> Acesso em: 17 abr. 2022.

O INVISÍVEL NO DIREITO FINANCEIRO

Regis Fernandes de Oliveira²⁷⁷

01. INTRODUÇÃO

Em notável livro Raph Ellison escreve: “Sou um homem invisível. Não, não sou espectro como aqueles que assombravam Edgar Allan Poe; nem sou um ectoplasma do cinema de Hollywood. Sou um homem com substância, de carne e osso, fibras e líquidos, e talvez até se possa dizer que possuo uma mente. Sou invisível – compreende? – simplesmente porque as pessoas se recusam a me ver” (“Homem invisível”, ed. José Olympio, 2013, pág. 25, início do prólogo).

O homem invisível do texto é a metáfora da situação do negro norte-americano. Mas, será que é apenas nos Estados Unidos que há homens invisíveis? O livro retrata a questão racial naquele país. Haile Sellasie, ex imperador da Etiópia proferiu em 1936, antiga Liga das Nações, um poderoso discurso que foi transformado em música por Bob Marley denominado “War”.

É o brado de pessoas que são invisíveis e querem se tornar aparentes, não espíritos como os ectoplasmas. Não querem ficar soterrados. Querem se fazer ouvir e serem vistas. Passa-se situação semelhante com os artistas quando vão interpretar. Incorporam-se em sus personagens. Já não são mais eles, mas são outros. O artista não nasce um só. Ele é diversos. Como disse Rimbaud “eu é um outro”. As pessoas realmente nascem para representar papéis. Incorporam-se neles.

No subsistema social, as pessoas nascem para se aperfeiçoarem. Rousseau a isso denominou *perfectibilidade*. Ocorre que a maioria tem

277 Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Titular aposentado de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo (USP). Professor da Pós-Graduação da USP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Foi Deputado Federal e Vice-Prefeito de São Paulo. Advogado e autor de várias obras sobre Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Financeiro e Filosofia.

carimbo. Ao nascerem em determinado meio a ele ficam grudadas. Não conseguem vislumbrar nada melhor, abaixam a cabeça, resignam-se, submetem-se e ficam a vida toda, estigmatizadas em determinada escala social. São inermes.

A desigualdade sempre fez parte do dia a dia das pessoas. Alguns nascem em berço de ouro; outros em situações intermediárias e a maioria em situações difíceis.

A população é dividida. Os ricos obtêm as melhores escolas e universidades o que as ajuda a se manterem ricos e na mesma situação. Os pobres dependem de creches, escolas, hospitais e nem sempre deles dispõe. Estão condenados a viver assim por suas vidas. Separados, não são vistos pela outra sociedade. Mesmo a classe média deles não quer falar. Há um silêncio gritante. Não temos tempo para o *outro*.

O silêncio nos leva a situações anquilosadas. Ficamos pasmos diante dos desacertos existenciais. Ignoramos que somos da mesma carne e do mesmo osso. Parece que existe diferença de cor, pele, cabelos, tipo sanguíneo, olhos, boca. Mas, todos somos iguais. Do mesmo genoma. Vivemos no mesmo cosmo. O espaço sideral não é diverso. As línguas são diversas, mas os seres humanos não. Há um modelo que impôs determinada morfologia. Pesquisas antropológicas mostram que os homens são iguais (não idênticos) em postura e sentimentos. A etnografia aponta para diferenças de costumes. A arqueologia demonstra diversos desenvolvimentos culturais. No entanto, o homem é um ser humano.

Por que, então, existem tantas diferenças e enquanto 1% dos mais ricos ficam com quase metade do PIB dos países, a maciça maioria passa fome? O mundo de famélicos que não desenvolvem sequer raciocínio e morrem logo que nascem, especialmente na África negra é enorme. Sem o mínimo de infraestrutura urbana, sem água potável e sem alimentos constituem um mundo de famintos.

As diferenças socioculturais se agigantam em todos os países, com pouca margem de um para outro. Em verdade, há alguns que

já entenderam a importância da diminuição das diferenças; outros teimam em negá-las ou insistem em mantê-las.

A verdade é que as desigualdades sociais são imensas. O 1% mais rico da população detém quase o que os outros 50% possuem. Não quero, agora, demonstrar isso estatisticamente, mas, adiante o farei. Por ora basta a afirmação de que a desigualdade é gritante, fruto, talvez do desenvolvimento de escravidão, colonização e o sistema de castas instaurado nas diversas sociedades.

A propósito, o livro da jornalista Isabel Wilkerson (“Casta – as origens de nosso mal-estar”, Zahar, Rio de Janeiro, 2021) retrata bem e com dados e notícias dolorosas o estigma que atravessa as sociedades indiana e norte-americana e a Alemanha nazista.

Os *dalits* indianos e os negros e indígenas norte-americanos dão bem ideia do que a autora quer dizer. Instituiu-se, através da história, um sistema de separação. Esclarece a autora que “um sistema de castas é uma construção artificial, uma classificação do valor humano fixada e arraigada que estabelece a suposta supremacia de um grupo contra a suposta inferioridade de outros, com base na ancestralidade em traços muitas vezes inalteráveis, traços que seriam neutros no plano abstrato, mas que recebem um significado de vida ou morte numa hierarquia que favorece a classe dominante concebida pelos antepassados” (ob. Cit., pág. 30).

O livro bem retrata o que estamos denominando de *os invisíveis* no direito financeiro.

Em uma sociedade bem estrutura as diferenças sociais, embora existentes, não se fazem sentir de forma gritante. Em uma sociedade ainda em desenvolvimento elas são notadas com facilidade. Basta um giro pelas cidades ou, então, na periferia ou, ainda, nos sertões. Analisemos alguns dos *invisíveis* no Brasil.

02. O INDÍGENA

No Brasil, a situação não foi diferente. O início do Brasil descoberto significou o genocídio indígena. Os livros não trazem

informações detalhadas e os que as contêm buscam dar um ar amistoso com os indígenas (Rocha Pombo, “História do Brasil”, ed. Melhoramentos, 1952, 6ª. Ed., págs. 34/35) dizendo que o índio foi auxiliar “operoso” e que não houve uma “repulsa a intentos de piratas e corsários” nem “guerra contra os intrusos”. Affonso d’E. Taunay (“História das bandeiras paulistas”, ed. Melhoramentos, vol. 1, pág. 20) fala do “extermínio dos autóctones pelas epidemias, os maus tratos e a dureza do cativo”. Em seguida afirma que seria “néscia infantilidade pretender ocultar que o bandeirantismo se incorpora ao panorama de violência que caracterizou o apossamento da América pelos europeus” (pág. 21).

Em verdade, os índios foram colocados em situação degradante e assim se encontram até hoje. Ao serem criadas as reservas indígenas para que estes prosseguissem na preservação de sua cultura, houve a violência de invasões pelo garimpo, pelo desmatamento das florestas, pela aculturação, pela corrupção dos costumes por bebidas, cigarros e destruição da religião. Mesmo a medicina indígena que deveria ser preservada até para conhecimento e aproveitamento da flora brasileira tem sido negligenciada e desconhecida.

Como diz Gilberto Freire, “a história do contato das raças chamadas superiores com as consideradas inferiores é sempre a mesma. Extermínio ou degradação” (Casa grande e Senzala” – o indígena na formação da família brasileira”, Círculo do Livro, ed. Livraria José Olympio Editora S. A., 1933, pág. 142).

O indígena é um dos *invisíveis* do direito financeiro. Embora a ele tenha sido dada terra para manutenção de tabas, ocaras e ocas, a corrupção do índio prossegue. Políticas de manutenção de sua cultura não são levadas a sério. O índio vira subproduto da “civilização”.

03. A MULHER

A mulher foi, durante muito tempo e ainda o é, discriminada, passando-se por invisível. Foram ridicularizadas nas tragédias gregas. Eurípides em *Hipólito* indaga de Zeus: “Ó, Zeus, por que este

fraudulento mal aos homens, as mulheres, à luz do sol instituístes” (versos 616/617). Em Roma não podiam ir à praça pública (ágora), pois seu trabalho era em casa e não podia velar os deuses lares e penates. Na Idade Média eram somente instrumento de reprodução. Nunca foram reconhecidas como preparadas para exercer o sacerdócio pela Igreja Católica.

Em todas as situações, o homem é o paradigma. Na modernidade, Bourdieu as vê como ligadas apenas à feminilidade e são totalmente dependentes (Pierre Bourdieu, “A dominação masculina”, 8ª ed., Rio de Janeiro, pág. 82). Conclui: “Como em certos tipos de racismo, ela assume, no caso, a forma de uma negação de sua existência pública, visível” (ob. Cit., pág. 144).

Agnes Heller confirma o preconceito que existe contra a mulher (“O cotidiano e a história”, ed. Paz e Terra, 8ª ed., 2008, pág. 71). John Stuart Mill escreveu notável livro apontados os preconceitos contra a mulher e indicando sua possível liberação e que o sistema desigualitário “jamais resultou de uma deliberação ou reflexão prévia” (“A sujeição das mulheres”, ed. Almedina, Coimbra, 2006, pág. 40).

Mulheres notáveis surgiram ao longo da história. Enumero algumas: Na Antiguidade: Safo, Macrina, Edesia, Asclepigénia, Sosípatra e, finalmente, a maior, Hipátia de Alexandria; no Egito, algumas chegaram a ser consideradas rainhas como Cleópatra. Posteriormente, Flora Tristán, Louise Michel, Rosa Luxemburgo, Frida Kahlo e Simone de Beauvoir, para mencionar algumas. Grandes escritoras surgiram, participação na vida política e ativistas sociais como Angela Davis, Judith Butler e Nbozi Adichi Chimamanda, para mencionar algumas.

A mulher torna-se, aos poucos, visível e nada silenciosa.

04. O NEGRO

De outro lado, no Brasil tivemos também o subproduto civilizatório que é o negro e assim foi tratado ao longo do período escravagista, já que foi o último país a extingui-la (1888). Como disse

Joaquim Nabuco “em primeiro lugar o mau elemento da população não foi a raça negra, mas essa raça reduzida ao cativeiro” (em Gilberto Freire, “Casa Grande e Senzala”, ed. José Olympio, pág. 336). Gilberto Freire ressalva o aspecto sexual de sua miscigenação com o branco, bem como a feitiçaria e a magia e a gastronomia (ob. Cit., pág. 344). O preconceito grassa (ob. Cit., pág. 432).

O crime contra a humanidade foi cometido. É passado concreto que não se pode perder de vista para que não cometamos equívocos futuros. A hediondez foi praticada durante séculos e mereceu forte reação à época, inclusive de um dos nossos maiores poetas. Castro Alves produziu, chocado pela barbárie, um de seus mais notáveis poemas “O navio negreiro” em que, ao seu final pede para que se arranque o pendão dos ares (a bandeira que servia ao povo de mortalha) e que Colombo fechasse a porta dos mares.

Como diz Laurentino Gomes (“Escravidão, vol. I, ed. Globo Livros, 8ª reimpressão, Rio, pág. 34) “a escravidão no Brasil foi uma tragédia humanitária de proporções gigantescas”. O Brasil é o segundo maior país de população negra ou de origem africana do mundo. A descrição trágica do sequestro dos africanos no interior de diversas comunidades (hoje países), seu agrilhoamento, o transporte nos navios negreiros com toda sorte de insalubridade. A maior parte morria na espera do transporte, pela dramática situação de abandono ou morriam no interior dos navios pela má qualidade de vida oferecida. Por fim, morriam de inúmeras doenças, como disenteria, febre amarela, varíola e escorbuto. Quando sobreviviam a tudo isso, morriam de *banzo*, surto de depressão, como anota Laurentino Gomes (ob. Cit., pág. 48).

Resta nossa desonra de ter sido o último país a terminar com a escravidão. Vive-se hoje das lendas em torno de Ganga Zumba, Dandara e Zumbi, morto em Palmares.

Ainda hoje, sem embargo das ações afirmativas, ainda não se pagou o devido pela dívida imensa que temos com a etnia negra. Sempre foi desconhecido e ignorado. Agora, surgem iniciativas positivas para incluir o negro nas universidades e perante a elite econômica e social.

O negro é outro que figura como *invisível*. Sempre foi relegado a segundo plano por uma sociedade branca. Vive hoje nas favelas. É verdade que se mesclou e a mistura das raças resultou no moreno, cor que identifica nossa nacionalidade.

05. O GRUPO LGBTQI+

Outro ramo dos *invisíveis* é o LGBTQI+. Fiquei tão impressionado com o preconceito existente em nossa sociedade que, em debate na Câmara dos Deputados, propus o reconhecimento do casamento homossexual, da possibilidade de adoção e outros direitos então perseguidos. Não prosperamos, mas ficou a briga pela conquista, tanto que o Conselho Nacional de Justiça e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal acabarem de acolher os direitos de tal grupo social.

Escrevi, à época o livro sobre a “homossexualidade” (Regis Fernandes de Oliveira, ed. RT, 2^{a.}, 2013). A Constituição garante a dignidade da pessoa humana. Então, escrevi: “Este preceito não pode ser lido sem qualquer conteúdo semântico. A dignidade envolve não apenas a realização dos direitos ditos negativos, isto é, que independem de qualquer atividade do Estado para sua consecução, como também os rotulados de positivos, isto é, aqueles que posso ou devo exigir do Estado um determinado comportamento para que os possa exercer” (pág. 239).

No mesmo texto afirmei que “a dignidade não tem limites. Abarca toda dimensão do ser humano. É inclusiva e ampliadora dos direitos que se exercem no interior da sociedade. Dignidade significa que, respeitados os limites constitucionais ou legais, o indivíduo possa comportar-se na sociedade de todas as formas. Sem outros limites causados por preconceitos e por normas também válidas, mas de outra espécie que não sejam aquelas provindas das instituições formais” (ob. Cit., pág. 239).

Em suma, todos são iguais, respeitadas as desigualdades físicas. O homem não pode criar outras desigualdades morais dentro da sociedade.

06. OS IMIGRANTES

Não menos inquietante é a situação dos imigrantes. Outrora eram recebidos com festa e com ansiedade, porque o Brasil necessita de braços para a lavoura e utilizava a *expertise* que traziam de seu país de origem. Agora, o país recebe onda de imigrantes fugidos de seu país, seja por fome, por revoluções ou descontrole. Como exemplos ficam venezuelanos, haitianos, sírios, congoloses e outros de diversos países da África e do continente asiático.

Todos veem com esperança de renascimento em outra vida. De reconstrução da vida rompida. Buscam recompor a expectativa que tinham em outros lugares de todos o mundo. Diversos países da América Latina vivem problemas sociais e econômicos. Diga-se o mesmo de países da África. Todos que se sentem desesperançosos com seu lar, buscam migrar para outros lugares onde possam sorrir de novo. Veem com filhos, com pais, mães, todos desiludidos em seus países de origem buscam no Brasil uma centelha de nova vida.

Aos poucos percebem que trocaram um inferno por outro. Aqui, perspectivas mínimas de educação, saúde e segurança lhes são negadas. De início não conseguem trabalho. Passam a viver de doações ou da caridade particular. Acesso às políticas públicas lhes são negadas. Passam a viver como párias e marginais.

O governo pouca atenção lhes dá. Já não dá conta das dificuldades por que passam os nativos e votantes. Não se iriam preocupar com estrangeiros que aqui aportam. A vida lhes é madrastra.

Constituem-se em mais um bando de excluídos, de *invisíveis*, de *excluídos*.

07. O SILÊNCIO

Um dos pontos mais angustiantes do direito é o *silêncio*. Não me refiro ao que produz efeitos jurídicos e que serviu a Cristo para não aceitar o desafio que lhe foi feito para se dizer o rei. É que o silêncio,

como afirmou Alain Corbin (“História do Renascimento”, ed. Vozes, 2021, pág. 9) “não é somente ausência de ruído”. Como diz Valery, citado por Corbin, “ouça este barulho sutil e constante que é o silêncio. Escute o que escutam quando nada se faz ouvir” (ob. Cit., pág. 13).

O silêncio a que me refiro é o dos vulneráveis, dos abandonados, dos excluídos e ignorados pelo Estado e pela sociedade. É a massa periférica que circunda os arranha-céus e os palacetes. É o pedinte da rua. É o que vive nas ruas por não ter aonde ir. É o que estende as mãos em gesto de súplica.

Esses são os invisíveis do direito. As normas, quando sobrevêm não se preocupam com ele. Minto. Referem-se a eles, mas não resolvem os problemas. Por vezes gesto demagógico redundante em algum avanço legislativo.

08. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS. A EC N. 114/2021

É o que ocorreu com o advento da Emenda Constitucional n. 114/2021. O artigo 6º foi acrescido de parágrafo único que assim dispôs: “Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária”.

O dispositivo, se levado a sério, trará profundas mudanças em nossa realidade. É que todo aquele que não dispõe de uma renda mínima, passará a tê-la. Instituiu-se a denominada *renda básica*. A saber é uma garantia mínima dada pelo orçamento do governo para a subsistência, ao menos, das famílias desamparadas.

Também como norma *programática*, mas dotada de eficácia, estabelece o art. 203 da Constituição que a ação governamental na área de assistência social tem como um dos objetivos “VI – a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza”. É que foi introduzido pela Emenda

Constitucional n. 114/2021 através de alteração do art. 203 do texto fixo da Constituição.

O legislador constituinte derivado foi além. Ao lado de estabelecer a garantia de renda mínima, determinou, como se vê do art. 118 do ADCT que lei e regulamento disciplinador da renda deverá vir à tona até o dia 31 de dezembro de 2022.

De outro lado, fechando o circuito, a EC 114 acresceu o parágrafo 5º ao art. 4º da Emenda Constitucional n. 113/2021 para dispor que o aumento do limite previsto no II do parágrafo 1º do art. 107 do ADCT será destinado a despesas de ampliação de programas sociais de combate à pobreza e à extrema pobreza. O que sobejar das verbas de combate à pandemia do Covid-19 terá destino certo.

Vê-se que mesmo no silêncio o grito dos vulneráveis é ouvido.

Por isso é que o vulnerável é invisível. Ele não tem sequer forças para reclamar, para ir às ruas. Quem o faz são os estudantes, os ativistas, os conscientes de seus direitos, as entidades organizadas, os sindicatos, os partidos políticos. A grande massa fica alheia às reivindicações, porque não tem sequer como se movimentar. É o *lumpemproletariado* marxista. Só que os ativistas quando se manifestam não estão preocupados com os vulneráveis. Normalmente têm pautas próprias de reivindicação. São melhor nível de ensino, melhores salários, voto consciente, direitos trabalhistas, abertura política. Em nenhuma delas está o atendimento ao abandonado.

Por força da pandemia, ficaram eles piores do que estavam. Inermes, apenas sabem estender as mãos, aguardando esmola que lhes possa abrandar a fome. Filas enormes os aguardam nos postos de saúde; não obtêm remédios; não têm como saciar a fome; não têm leite para alimentação dos filhos menores; não têm escolas e quando as têm, falta-lhes qualidade; não têm roupas adequadas, especialmente para enfrentar o frio.

O que se buscou fazer pela iniciativa constitucional é propiciar a inclusão social. Tais seres sempre foram ignorados pelo direito. Passaram ao largo de bondades legislativas efetuadas ao longo dos tempos. De vez em quando vem uma iniciativa legislativa para atenuar a

consciência dos que estão conscientes. Mesmo conscientes se esquecem de olhar para o lado e para a frente. Desviamos, normalmente, o olhar para não visualizarmos a brutalidade da desigualdade social.

09. AS POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS. O SER HUMANO VIVO NO MUNDO

Muito se fala em políticas públicas sem que se defina exatamente sobre a que se refere. Constituem-se em ações do Estado para propiciar à população mecanismos mínimos de existência. Por força de determinações constitucionais o Estado assume e ainda mais no Estado moderno, um plexo de atribuições. Todas definidas na Constituição Federal. Há um remanescente que sobra ao indivíduo. Mas, muitas de suas necessidades devem ser satisfeitas pelo Estado.

Na federação, como as unidades têm competências próprias, o organograma constitucional prevê o que a cada um cabe fazer e realizar. Diversas competências são cumulativas; outras privativas. A concorrência de atividades por vezes confunde o intérprete, mas, de qualquer maneira como a ação foi colocada na Constituição como atribuição do Estado, cabe a um dos entes federativos prestar a atividade.

Inúmeras vezes, descabendo fazer aqui a identificação de cada qual, as competências são concorrentes, ou seja, cabe às três entidades realizá-la. É o que ocorre com a saúde, a educação, a preservação do meio ambiente.

De qualquer forma ou haverá uma prestação positiva, ou seja, a atividade que cabe ao Estado depende de uma ação, como saúde, por exemplo, em que lhe cabe providenciar acomodação em hospitais públicos, fornecer remédios, exames, internações ou de uma prestação negativa, como no caso de garantir a liberdade intelectual de pensamento ou de ideias, em que o Estado deve silenciar, isto é, não pode intervir.

Assim se caracterizando as políticas públicas, é importante que nos refiramos à noção de *biopolítica*. A ação do Poder Público já não é

a de matar, mas de garantir a vida, como salienta Foucault. Não mais se pode realizar guerras como se fez no passado em que a obrigação do indivíduo era matar o outro, inimigo de guerra. Agora, a obrigação é salvar a vida, preservá-la.

Governar, agora, é garantir a vida em todas suas dimensões. A vida, excluída a análise de sua ontologia e de indagações metafísicas, é fenômeno natural de seu ciclo. Nascimento, ciclo vital e morte. Há nela dois aspectos, o *bios* que é a vida social e a *zoé*, a vida em seu estado puro. O ingresso da *zoé* como objeto do Estado é introduzido por Foucault e desenvolvido por outros autores. Agamben salienta que “a politização da vida nua como tal constitui o evento decisivo da modernidade, que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico” (Giorgio Agamben, “Homo sacer” – o poder soberano e a vida nua I”, ed. UFMG, 2010, Minas Gerais, 2ª ed., pág. 12).

A essa altura nasce o *biopoder* a quem cabe cuidar da vida. Foucault o define como “o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder” (Michel Foucault, “Segurança, território, população”, ed. Martins Fontes, 2009, pág. 3). O poder, na visão do autor não é hierarquizado, mas “um conjunto de mecanismos e de procedimentos que tem como papel ou função e tema manter-mesmo que não o consigam – justamente o poder” (ob. Cit., pág. 4). Os mecanismos de poder são circulares e não hierarquizados.

Em outra obra, Foucault analisa diversos conceitos de poder esclarecendo que não é uma instituição, nem estrutura, mas “é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada” (“História da sexualidade” – a vontade de saber, vol. 1, ed. Graal, 20ª reimpressão 2010, pág. 103).

Fica claro, agora, que a vida em seu estado natural passa a ser uma preocupação do Estado que deve voltar a ela seus olhares. Como diz Agamben “a vida nua tem, na política ocidental, este singular

privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens” (ob. Cit., pág. 15).

Daí a preocupação básica do Estado, por sua diversificada estrutura: a manutenção e preservação da vida. As políticas públicas que deve desenvolver, a partir de tal raciocínio, é armar dispositivos para garantir a vida. Mas, somente a sobrevivência? Não. É mais que isso. O Estado tem que se estruturar para garantir a *sobrevivência mínima*.

Nem por outro motivo é que Agamben vê as declarações de direitos “como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional” (ob. Cit., pág. 125). Esta envolve o cuidado com o ser humano em sua existência. O ser jogado no mundo (o *Das-sein* de Heidegger). Assim, há um redirecionamento das políticas estatais do homem social para o ser humano vivo.

Daí afirmar Roberto Esposito ao estudar a biopolítica e o biopoder – “entendendo pelo primeiro uma política em nome da vida e pelo segundo uma vida submetida ao comando da política” (“Bios – biopolítica e filosofia”, ed. 70, 2018, Lisboa, pág. 32).

Como compreender tal posicionamento filosófico e trazê-lo para a área jurídica. Ora, os brasileiros e estrangeiros residentes no país têm garantida a “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º da Constituição Federal). De outro lado, o Brasil tem como um dos fundamentos “a dignidade d pessoa humana” (inciso III do art. 1º) e tem como um de seus objetivos “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III do art. 3º).

Sabidamente tais normas não são meras recomendações, nem normas de cunho estritamente moral, mas são jurídicas. Como tal, possuem, na hipótese do descumprimento de seu comando uma sanção. Como diz Norberto Bobbio a sanção jurídica se distingue da moral e da social por ser *externa e institucionalizada* (“Teoria da norma jurídica”, ed. Edipro, 2014, 5ª edição, pág. 159). Norma sem sanção não é norma. Sempre prevê uma determinada reação do ordenamento jurídico em face da lesão produzida.

Se assim é e se a vida é protegida em todas as instâncias jurídicas, a política pública só pode ter um direcionamento – preservar e garantir a vida.

A vida passa a ter relevância institucional e prevalente sobre todos os demais valores protegidos pela ordem jurídica. A vida nua, real, vivida em todos os meios da sociedade.

Como a vida não é igual a todos e as desigualdades sociais permeiam seu seio, é essencial afirmar que a vida protegida é de todos, independentemente que posição ocupam na hierarquia dos vivos. Poucos podem se proteger independentemente do Estado. Melhor, não precisam do Estado. Podem viver sem ele e, muitas vezes, o Estado atrapalha. De outro lado, há os que precisam do Estado apenas para que possam manter suas atribuições normais, trabalho, emprego, assistência social, circulação e aquisição de bens de consumo. Por fim, o terceiro estágio é o pior, isto é, é composto daqueles que não têm como sobreviver sem o Estado. Dele dependem, seja na subsistência básica, na saúde, educação, transporte.

Como se viu, o Estado deve garantir a todos, sem se preocupar em que degrau estão na hierarquia social. Há, como se vê, um grupo que não se ocupa do Estado e não constitui problema para ele em termos de auxílio. Outro necessita muito.

Uma visão estreita do direito financeiro leva-nos a uma estrutura burocrática e meramente normativa em seu estudo. Direito, repita-se, não é apenas norma. Esta é uma de suas vertentes, mas se esgota em seu conhecimento. Mesmo porque as normas têm conteúdo e este se relaciona com a realidade social semanticamente. A semântica do direito é que traz para a norma os inúmeros sociais captados pela subsunção através dos conceitos.

Não há como deixar de lado o *ser humano*, legítimo destinatário de seus comandos. Este é que merece a atenção tanto do legislador, como do administrador. O primeiro capta as realidades através dos dispositivos normativos e estabelece a respectiva sanção na hipótese do descumprimento de seu comando. O segundo aplica e executa o contido na norma. Mero executor? Não. Tem igual responsabilidade e

decide à luz da incidência fática. É como o soldado no *front*. É o primeiro a combater as desigualdades sociais e tem uma determinação a seguir.

Como se isso não bastasse, mas não basta, existe o Judiciário a quem cabe recompor a ordem jurídica lesada. Se o legislador não edita a norma, pode compeli-lo por inconstitucionalidade por omissão. Se o administrador não cumpre ou realiza com desídia o comando normativo, o Judiciário tem como compeli-lo por através das inúmeras ações de responsabilidade que podem se constituir em atos de improbidade ou crimes comuns.

Vê-se que o direito se compõe de uma estrutura organizada de instrumentos constitucionais e legais para que o homem comum se sinta amparado em seus direitos. Por que isso não ocorre? Pela desídia dos governantes. Por má-fé ou incompetência, mas de qualquer maneira deixa o ser humano à margem da lei. Deixa de garantir o que determina a Constituição Federal.

Assim, em última e extrema análise, o que o governo tem que garantir é a *vida* em sua integral compreensão. Não só garantir o nascimento com vida, mas também zelar por ela em toda sua extensão temporal. Não se quer dizer que há uma garantia absoluta da vida. É o acaso que é inevitável. Mas, dentro da normalidade da atividade social e política, o Estado tem que garantir a sobrevivência dos seres humanos.

Roberto Sposito ao cuidar da *imunidade* assevera que ela não é “apenas a relação que liga a vida ao poder, mas o poder de conservação da vida” (ob. Cit., pág. 74). Explica que a *imunidade* é o contraposto de *communitas* (pág. 80). A comunidade é a relação que une os membros de uma sociedade. A imunidade não exclui, mas volta-se a si própria. Assim, a política deve buscar não apenas garantir a imunidade e, nessa perspectiva “a política não é senão a possibilidade, ou o instrumento de conservar a vida” (ob. Cit., pág. 74).

Vê-se que o essencial, hoje, não é apenas a vida na comunidade e na obediência a seus preceitos, dogmas, autoridades, normas e princípios. É, também, a manutenção da vida em toda sua dimensão. Garantia de segurança, moradia, higiene, saúde, educação,

infraestrutura urbana. Enfim, o Estado, através de seus agentes deve diligenciar e estruturar políticas públicas que assegurem a *vida digna*.

Karl Marx já divisara esse problema desde quando fizera crítica à filosofia idealista hegeliana. Ao escrever a “Crítica da filosofia do direito de Hegel Marx assinala que o representante alemão do Estado moderna “não toma em conta o *homem real*, só foi possível porque e na medida em que o próprio Estado moderno não atribui importância ao *homem real* ou unicamente satisfaz o homem *total* de maneira ilusória” (Boitempo editorial, 2005, pág. 151).

O grande revolucionário à época já antevia para onde o Estado deveria lançar suas vistas para resolver seus problemas. Era o homem real. O homem de carne e osso. O homem vivo. Em outro texto, Marx fala também dos “homens reais atuantes” (Karl Marx e Friedrich Engels, “A ideologia alemã”, ed. Martins Fontes, 2008, pág. 19).

10. A PARTILHA ORÇAMENTÁRIA

O grande trabalho das denominadas *políticas públicas* é olhar para o homem real, de carne e osso. De pouco importa traçar planos em gabinetes fechados e com ar-condicionado sobre papéis intermináveis. As ideias são importantes, necessárias e essenciais em qualquer atividade. Mas, desde que destinadas à solução de problemas existentes e cruciais. O homem vive no mundo das realidades e não onírico. Seu sofrimento, sua angústia é também real.

É curioso como todos os estudiosos jamais se debruçam sobre o *ser humano* existente e real. Teses são desenvolvidas em todos os cantos; leis se produzem aos montes; decisões judiciais se preocupam com firmar teses; o administrador perde-se em iniciativas e execuções desatentas à realidade.

O importante é o *ser humano global*, isto é, o todo da população brasileira e, nos diversos países, com sua própria população. O olhar dos governantes deve ser sobre o todo; jamais sobre parcelas (ainda que importantes). É que, em verdade, no caso as partes são maiores que o todo. O que isso significa? Cada segmento social é importantíssimo.

Deve merecer do governo toda a atenção. Só que o governo não se pode distanciar do todo. E o faz frequentemente. Assim, num país como o nosso, composto originariamente por indígenas e, posteriormente, pelo branco que veio como conquistador e a vinda dos negros violentados e trazidos por violência e agrilhoados e, ulteriormente, os estrangeiros que vieram em ondas. Todos formam o todo. Daí não é possível que o governo apenas olhe um segmento.

Ocorre que, quando delibera sobre o que fazer e onde aplicar os recursos financeiros de que dispõe, através do orçamento, tem que ter o olhar no todo, mas irá segmentar sua decisão para o atendimento de partes. Não pode desconhecer que deve dar atenção aos mais ricos, mantendo bom asfalto nas vias que eles usam, nem descurar e propiciar-lhes vegetação para respiração, lagos artificiais, embelezamento das vias com obras de arte, especialmente esculturas, segurança nos espaços públicos, iluminação pública, água e gás canalizado. À classe média igualmente deve propiciar os mesmos recursos. Todos são contribuintes e merecem serviços de boa qualidade.

O problema surge no terceiro segmento. O abandonado. Asfalto precário, área interrompida, postos de saúde distantes, hospital sem recursos, sem remédios, nada de paisagismo ou plantação de árvores, sem lagos, sem gás (só o por tambor), ruas sem asfalto, nada de obras de arte nas ruas. Enfim, aí não entra o detalhamento fácil dos primeiros segmentos.

Aí é que entra o que se rotula de *decisões trágicas*. O político não pode perder nem desconsiderar os setores mais ricos da sociedade, nem subestimar a classe média, formadora de opinião. Tem que lhes assegurar uma cidade digna. Aí é que entra o *resto*. Não em termos de renda mínima, agora inserida no parágrafo único do art. 6º da Constituição Federal, mas em termos de propiciar a todos o *mínimo existencial*.

O denominado *povão*, a *massa*, a *ralé* ficam fora das benesses governamentais. Cristalizou-se a opinião de que a *periferia* é foco de bandidos. Identifica-se o infrator, o meliante e o bandido com o mulato, o crioulo e o negro. Raças e mistura de raça que ficam estigmatizadas

só pelo fato de habitarem a periferia. O olhar do governante passa a ser refratário. A dedicação maior será com os empreendedores, com os empresários, com os políticos de toda ordem, com o rico, em suma.

Em verdade, o administrador de início (o Poder Executivo) e em seguida, o legislador (Poder Legislativo) terão que efetuar a denominada *escolha trágica*, a saber, o cobertor das receitas é bastante curto enquanto a necessidade do dispêndio (despesas) é gigantescamente ampla. Onde alocar os recursos para atender razoavelmente as necessidades públicas? Aí se verifica o desequilíbrio da distribuição dos recursos. É que a denominada classe dos ricos não admite ficar para trás e exige que seus interesses sejam atendidos (asfalto, luz, água e segurança), como requisitos básicos. Os pobres, sem ter a quem endereçar suas queixas e necessitando de tudo, fica postado à margem da alocação de recursos.

O LANÇAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E O SISTEMA TRIBUTÁRIO

*Wilmar da Costa Martins Junior*²⁷⁸

1 INTRODUÇÃO

O gestor público tem o dever de prover os cofres públicos com numerário suficiente para custear as despesas decorrentes de seu múnus, sempre com total respaldo da lei. Por vezes, se vê em imbróglis jurídicos de difícil solução, os quais acabam por impactar na prática administrativa diária.

Em relação à cobrança de contribuição de melhoria, a administração pública brasileira, principalmente a municipal, vem encontrando imensas dificuldades para harmonizar as exigências legais e jurisprudenciais à efetiva cobrança do tributo.

A exigência de autorização por lei específica, para cada obra, parece contrariar a lógica do sistema tributário nacional e dificulta, na prática, a observância concomitante dos princípios da legalidade, irretroatividade e da anterioridade.

Para dar atendimento ao sufragado pela jurisprudência atual dos tribunais, a administração pública terá de “mover suas engrenagens” - *aprovar leis* - sem saber de sua utilidade, ou seja, a “leis instituidoras” da contribuição de melhoria poderão ser inócuas se por fatores alheios, ou não, à vontade do administrador público a obra não se concretizar ou inexistir valorização imobiliária nas suas proximidades.

278 Analista de Controle Externo no Tribunal de Contas do Paraná. Bacharel em Direito. Possui especialização em Processo Civil e Direito Tributário.

2. DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

2.1. A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA NO ORDENAMENTO LEGAL VIGENTE

Repousa no texto constitucional - *artigo 145, inciso III da CF/88* - a previsão para instituição e cobrança da Contribuição de Melhoria, cuja competência é comum entre União, Estados e Municípios:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...]
III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

O Código Tributário Nacional - *Lei nº 5.172/1966* - faz referência à exação em seu artigo 5º, delineando, genericamente, os contornos do famigerado tributo nos artigos 81 e 82, conforme segue:

Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

- I - publicação prévia dos seguintes elementos:
- a) memorial descritivo do projeto;
 - b) orçamento do custo da obra;

c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;

d) delimitação da zona beneficiada;

e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

II - fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;

III - regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

O Decreto-Lei nº 195/1967, por sua vez, regulamentou os requisitos e forma de instituição e cobrança da Contribuição de Melhoria, cabendo aos Municípios, mediante lei, instituir o tributo respeitados os requisitos da “norma geral” então estabelecida.

O artigo 3º do citado Decreto-Lei dispõe:

Art. 3º A Contribuição de Melhoria a ser exigida pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios para fazer face ao custo das obras públicas, será cobrada pela Unidade Administrativa que as realizar, adotando-se como critério o benefício resultante da obra, calculado através de índices cadastrais das respectivas zonas de influência, a serem fixados em regulamentação dêste Decreto-lei.

Dessa forma, os contornos legais, como em qualquer tributo, devem ser fixados de forma genérica pela legislação local, obedecidas as normas gerais conforme preconizado pelo artigo 146, inciso III da Constituição Federal.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

2.2 OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IRRETROATIVIDADE E ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA

Conforme delineamentos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, a contribuição de melhoria é uma espécie do gênero tributo e, como tal, deve obediência às normas gerais em matéria tributária, seja de cunho constitucional ou infraconstitucional.

A Constituição Federal estabelece, expressamente, limites ao poder de tributar. Algumas vedações são aplicáveis aos tributos em geral, dentre elas, as prescritas nos incisos I e III do artigo 150, transcritos abaixo:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
[...]

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Trata-se dos princípios da legalidade (*inciso I*), da irretroatividade (*inciso III, alínea a*), da anterioridade (*inciso III, alínea b*) e anterioridade nonagesimal (*inciso III, alínea b*).

O texto constitucional não faz qualquer ressalva em relação à aplicabilidade de tais princípios à contribuição de melhoria, de sorte que se lhe aplicam integralmente. Ademais, quando a Constituição pretendeu afastá-los, o fez expressamente, conforme se verifica do disposto no § 1º do mesmo artigo 150:

Art. 150. [...]

§ 1º A vedação do inciso III, *b*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c*, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Portanto, cabe ao legislador infraconstitucional, principalmente, ao fisco dar integral atendimento à norma constitucional aplicando irrestritamente os citados princípio por ocasião da instituição e cobrança da contribuição de melhoria.

2.3 A INCONVENIÊNCIA DA INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA MEDIANTE A EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA PARA CADA OBRA

É cediço, os princípios da legalidade, irretroatividade e anterioridade requerem, respectivamente, a instituição do tributo

mediante lei em sentido formal, a vigência da lei em momento anterior à ocorrência do fato gerador e a cobrança somente após decorridos noventa dias de sua publicação e desde que, tal publicação, se dê no exercício anterior à exigência do tributo.

Eis o entendimento atualmente dominante nos Tribunais pátrios:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO. CAUSA MADURA PARA O JULGAMENTO. EIVA INEXISTENTE. [...] PAVIMENTAÇÃO DE RUA. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA INSTITUIDORA. VÍCIO FORMAL VERIFICADO. NULIDADE DA EXAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE “De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a contribuição de melhoria é tributo cujo fato imponível decorre da valorização imobiliária que se segue a uma obra pública, ressoando inequívoca a necessidade de sua instituição por lei específica, emanada do Poder Público construtor, obra por obra, nos termos do art. 150, I, da CF/88, c/c o art. 82 do CTN, uma vez que a legalidade estrita é incompatível com qualquer cláusula genérica de tributação” (STJ, REsp n. 1359388, rel. Min. Luiz Fux, j. 13.6.14). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.036873-0, de Braço do Norte, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 01-07-2014). TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. **A instituição da contribuição de melhoria depende de lei prévia e específica**, bem como da valorização imobiliária decorrente da obra pública, cabendo à Administração Pública a respectiva prova. Recurso especial conhecido, mas desprovido. (STJ. REsp 1326502/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 25/04/2013) **Destaques nossos**

Hipoteticamente, na intenção da administração pública em realizar a pavimentação de determinada rua no ano de 2023, o ente público deverá ainda, em 2022, elaborar projeto de lei que deverá ser apreciado pelo legislativo e, posteriormente, a lei precisará ser sancionada e publicada antes do final do exercício para efeito de eventual e incerta cobrança da contribuição de melhoria. Idealmente, frente aos princípios constitucionais já mencionados, esse deveria ser o procedimento adequado a ser adotado.

Em face da imposição constitucional - *artigo 165 e seguintes da Constituição Federal de 1988* - a obra deverá ser incluída no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e seu custo previsto nas dotações do orçamento do ano de 2023.

Como se trata de planejamento, a obra poderá acontecer ou não, vez que a previsão de receitas poderá não se concretizar e a administração se ver obrigada a cortar investimentos.

Pois bem! Na hipótese criada, mesmo que no ano de 2023, tudo saia como planejado e a obra seja concluída, ainda assim, a Apenas isso não é suficiente para a cobrança da contribuição de melhoria. A administração pública, deverá verificar se efetivamente ocorrera a valorização imobiliária. Este, o fato gerador da obrigação tributária.

Se verificada a ocorrência do fato gerador, e tendo sido aprovada e publicada a lei instituidora da contribuição de melhoria para aquela determinada obra o poder público, cumpridos os demais requisitos legais, poderá exigir o tributo.

Por outro lado, caso a obra não possa ser realizada por insuficiência de recursos decorrente da não realização da receita esperada, ter-se-ia lei momentaneamente inócua, vez que a obra poderá se concretizar em outro exercício financeiro. Mas, e se após a realização da obra no exercício previsto, ou posteriormente, não se verificar qualquer valorização imobiliária, para que servirá a lei produzida especificamente para aquela obra?

Imagine-se um município, de médio porte, que realize duzentas obras em um ano. Há necessidade de produzir duzentas leis cujo teor é idêntico, mudando apenas o endereço, sob a possibilidade de se ter

toda a produção legislativa perdida por não se conseguir comprovar a valorização imobiliária?

Agora, imaginemos a situação dos convênios para realização de obras públicas, em que o município apresenta ao respectivo Estado ou à União um projeto pretendendo habilitar-se para receber recursos ou emendas parlamentares. A cada projeto de convênio deverá o administrador público se preocupar em produzir uma lei autorizando a cobrança da contribuição, porque, se receber os recursos, deverá realizar a obra e, em face dos princípios da anterioridade e irretroatividade, a lei autorizadora da cobrança do tributo deverá ter sido editada no exercício anterior. Afinal, realizada a obra, se ocorrida a valorização imobiliária, automaticamente ocorre o fato gerador.

Cabe ainda ponderar que em municípios menores, onde a disputa política eleitoreira é acirrada, poderá ocorrer que a Câmara Municipal, eventualmente composta por maioria opositora ao governo local, receba dois projetos de lei para instituição de cobrança de melhoria sendo uma de local considerado de reduto eleitoral de seus correligionários e outro cujos habitantes tenham preferência pelas siglas que apoiam o governo. Então, poderão facilmente rejeitar o primeiro e aprovar o segundo, causando verdadeiro desequilíbrio e injustiça fiscal e social.

A exigência de lei específica nos parece totalmente desproporcional porque, se concebida como lógica do sistema, nos autoriza a imaginar que para a cobrança do IPTU, a administração municipal deveria produzir uma lei a cada ano, ou pior, para a cobrança do ISS, uma lei para cada operação de prestação de serviço.

Da forma como vem sendo concebida a legislação, a cobrança do tributo em pauta vai acabar se tornando inviável, fazendo letra morta a previsão constitucional em face de interpretações calcadas em normas infraconstitucionais, que além de não exigirem a edição de lei específica por obra, se o fizesse, seria inconstitucional. Nesse sentido:

Na prática, infelizmente, não tem havido no Brasil, tributação por contribuição de melhoria.

Tentemos explicar o que acontece. De fora parte razões de ordem política, o fenômeno pode ser atribuído à cega obediência que tem sido votada aos arts. 81 e 82 do CTN, que, a pretexto de tornarem praticável esse tipo de tributação, envolveram de tal modo a matéria que as poucas tentativas que se fizeram para cumprilos resultaram em nada. Ocorre que, como ainda veremos no último capítulo desta obra, as pessoas políticas não têm por que obedecer a estes artigos, que não encerram verdadeiras *normas gerais em matéria de legislação tributária*. Portanto, ao tribuarem, por meio de contribuição de melhoria, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal só devem obediência aos princípios e normas constitucionais que regem a matéria, que, com serem inúmeros, garantem, de modo adequado, os direitos dos contribuintes. Os precitados artigos do Código Tributário Nacional não têm força jurídica suficiente para compeli-rem as pessoas políticas à observância de outros requisitos além dos contidos, implícita ou explicitamente, na Constituição Federal. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem, neste particular, assumir outra postura, limitando a cumprir e a fazer cumprir a Constituição Federal. (CARRAZZA, 2011, p. 598).

2.4 A DESNECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA PARA CADA OBRA E A ORIGEM DA EXIGÊNCIA

O que o sistema proclama é a instituição do tributo com base em lei, do ente tributante, que regulamente, explicitamente, descreva minuciosamente as regras a serem observadas para sua cobrança em função das normas gerais delineadas na Constituição Federal, nos artigos 81 e 82 do Código Tributário Nacional-CTN e no Decreto-Lei nº 165/1967.

Analisando detidamente o acórdão produzido no Recurso Especial nº 1.326.502/RS - cuja ementa foi transcrita *alhores* -, observa-se do voto do Ministro Relator a referência ao 82 do CTN para justificar a exigência de lei individualizada por obra, para fins da contribuição de melhoria, ou seja, ao se mencionar no dispositivo “A lei relativa à contribuição de melhoria...”, estar-se-ia estabelecendo tal necessidade.

Concessa maxima venia, a interpretação não merece prosperar, pois a lógica do sistema tributário nacional ensina que a hipótese de incidência é prevista genérica e abstratamente na norma legal, não cabendo a exigência de leis individualizadas para cada fato gerador.

A h. i. é primeiramente a descrição legal de um fato; é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho).

É portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera ‘previsão legal’ (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral). (ATALIBA, 2013, p. 58)

O artigo 82 do Código Tributário Nacional ao mencionar a lei, o faz no sentido de dar atendimento ao princípio da legalidade, que por sua vez se apresenta suficientemente observado com a instituição do tributo por uma só lei no âmbito do ente tributante, que regulamente por inteiro a matéria pertinente.

Em seu art. 82, o CTN estabelece os requisitos mínimos a serem observados pela lei instituidora da contribuição de melhoria. Assim, a lei ordinária da entidade tributante deverá determinar:

[...]

Feito o lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos para seu pagamento e dos elementos

que integram o respectivo cálculo (CTN, art. 82, § 2º). (MACHADO, 2005, p. 444)

Revisitando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível identificar a distorção no conteúdo jurídico da tese estampada no julgado acima citado. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 444.873/RS, em 23/08/2005, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão por meio de acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. LEI ESPECÍFICA. REQUISITOS MÍNIMOS DO ART. 82 DO CTN. CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA Nº 280/STF. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO COMPROVADO.

1. Não foram não preenchidas as formalidades dos arts. 541 parágrafo único do CPC e 255 § 2º do RISTJ. O recorrente limitou-se a transcrever dois precedentes, um do TJSC e outro do próprio Tribunal recorrido. Quanto a este último incide o óbice da Súmula nº 13 do STJ, e no que se refere ao precedente daquele Tribunal de Justiça, constata-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico entre as decisões confrontadas.

2. A violação a direito local (Código Tributário do Município) não enseja o apelo nobre. Aplicação analógica da Súmula n.º 280/STF. Da mesma forma, **não obstante o recorrente tenha razão no que se refere à desnecessidade de existir lei específica para regulamentar a cobrança da contribuição de melhoria**, constatar se estão presentes ou não os requisitos do art. 82 do CTN nos dispositivos do Código Tributário Municipal, esbarraria no óbice da análise de lei local por parte desta Corte.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 444.873/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 03/10/2005, p. 165) **Grifamos**

Da simples leitura da ementa do acórdão, percebe-se que a egrégia Corte Superior entendia pela desnecessidade de lei específica para cada obra, devendo a legislação municipal, mesmo através do Código Tributário Municipal, regulamentar a matéria de forma adequada.

Analisando com maior profundidade o precedente jurisprudencial, verifica-se clarividente ensinamento no sentido da desnecessidade de edição de lei específica para cada obra, conforme se observa do voto do Relator, Ministro Castro Meira, cujo trecho transcrevemos abaixo:

A Corte regional apreciou detidamente o Código Tributário do Município recorrente e entendeu que este não preenche os requisitos mínimos estabelecidos no art. 82 do CTN, que trata da contribuição de melhoria. Com base em tais premissas, concluiu pela procedência dos embargos do devedor sob o argumento de que a municipalidade não teria comprovado a existência de lei específica anterior à instituição deste tributo.

Malgrado a dicção do dispositivo em debate não ensinar a edição de lei “específica”, mas de mera lei que disponha acerca dos requisitos mínimos para a instituição do tributo em tela, a análise da pretensão deduzida no recurso esbarraria no óbice da Súmula nº 280 do Pretório Excelso já citada.

Esta Corte encontra-se impedida de analisar se o Código Tributário do Município recorrente preenche os requisitos mínimos dispostos nos incisos do art. 82 do CTN. A título de ilustração transcrevo esse dispositivo:

“Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

I - publicação prévia dos seguintes elementos:

- a) memorial descritivo do projeto;
- b) orçamento do custo da obra;

- c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
 - d) delimitação da zona beneficiada;
 - e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;
- II - fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior”.

Nesse sentido, **não obstante o recorrente tenha razão no que se refere à desnecessidade de existir lei específica para regulamentar a cobrança da contribuição de melhoria**, constatar se estão presentes ou não os requisitos do art. 82 do CTN nos dispositivos do Código Tributário Municipal, esbarraria no óbice da análise de lei local por parte desta Corte. **Grifamos**

Os julgados posteriores passaram a consignar a necessidade da edição de lei para cada obra, sem, contudo, demonstrar o fundamento para tal entendimento, o que nos faz acreditar que tenha decorrido de interpretação equivocada do entendimento então sufragado consentâneo às normas do sistema tributário nacional.

No mesmo sentido, foi a solução dada pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 6.164/MS, cuja ementa segue abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - REGULAMENTO - A lei, em princípio é auto-aplicável. A regulamentação só se faz necessária quando aquela ou norma superior assim o determinar ou decorrer da natureza do instituto. O Código Tributário do Município de Campo Grande reúne os elementos suficientes, no tocante a contribuição de melhoria, para sua exigência. Fato gerador, base de cálculo e alíquota especificados. Edital de conteúdo bastante para identificar a pretensão do fisco. (REsp 6.164/

MS, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/1990, DJ 18/02/1991, p. 1026)

Do voto condutor do acórdão extraímos trechos elucidativos da controvérsia decidida e os fundamentos e conclusões do Ministro Relator, acompanhado à unanimidade:

Consoante o princípio da legalidade, a lei formal gera direitos e obrigações. Co a validade, impõe-se imediatamente, salvo se ela mesma ou outra norma de superior ou igual hierarquia impuser termo ou condição.

No caso dos autos, o ponto único é se a contribuição de melhoria pode ser reclamada independentemente de regulamentação da lei.

Os Recorrentes invocam o artigo 82 do CTN, que impõe os “requisitos mínimos” relativos ao tributo. A regulamentação faz-se imprescindível quando a lei, por si mesma, não definir especificamente a relação jurídica. No Direito Tributário para o contribuinte não restar sem prévio conhecimento do fato gerador, da base de cálculo e do critério para aferir o valor.

Daí o disposto no art. 82, CTN:

[...]

De outro lado, o D. L. n.º 195, de 24 de fevereiro de 1967 - Dispõe sobre a cobrança da Contribuição de Melhoria.

Nesse diploma, o art. 5º impõe publicação de edital com indicação dos elementos que especifica; o art. 6º confere aos proprietários de imóveis situados nas zonas beneficiadas o direito de impugnação.

Data venia, o Código Tributário Municipal, quanto a contribuição de melhoria, obedece às exigências legais. Embora a lei mencione regulamentação, só se faz imprescindível naquilo que não ensejar execução imediata. A não ser assim, inverter-se-ia o próprio

princípio da legalidade, ou seja, a lei dependeria de regulamentação, que é ato executivo.

A divergência no entendimento então sedimentado parece ter iniciado a partir do julgamento, em 04/04/2006, do Recurso Especial nº 739.342/RS, cujo acórdão de Relatoria do Ministro Francisco Falcão negou provimento ao recurso em face de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Especial nº 927.846/RS, em 03/08/2010, o Ministro Luiz Fux, relator consignou em seu voto:

Deveras, a contribuição de melhoria, exatamente por revestir hipótese tributária, deve ser necessariamente instituída por lei específica em relação a cada obra realizada, nos termos dos arts. 150, I da CF/88 e 82, do CTN, uma vez que a legalidade estrita é incompatível com qualquer cláusula genérica de tributação. Nesse sentido, os seguintes precedentes:
[...]

Na sequência do acórdão o eminente jurista colaciona a ementa do acórdão do Recurso Especial nº 739.342/RS, no qual o Ministro Francisco Falcão inaugurou a tese no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e a ementa do acórdão proferido no Recurso Especial nº 444873/RS que traz posição antagônica, ou seja, a pretexto de seguir a jurisprudência da Corte citou dois julgamentos antagônicos. Dessa forma, resta evidenciado que as decisões seguintes incidiram em erro porque, equivocadamente, passou-se a considerar como pacífico um entendimento contrário à jurisprudência anterior.

Mais recentemente, em 18/04/2013, no julgamento do Recurso Especial nº 1.326.502/RS de Relatoria do Ministro Ari Pargendler, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça asseverou sobre a necessidade de lei específica citando como precedente o Recurso Especial nº 927.846/RS.

Sintetizando as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, ao longo do tempo, tem-se:

- I.REsp nº 6.164/MS, julgado em 19/11/1990 - desnecessidade de lei específica;
- II.REsp nº 444.873/RS, julgado em 23/05/2005 - desnecessidade de lei específica 23/08/2005;
- III.REsp nº 739.342/RS, julgado em 04/04/2006 - necessidade de lei específica;
- IV.REsp nº 927.846/RS, julgado em 03/08/2010 - necessidade de lei específica e afirma existir jurisprudência da casa nesse sentido citando o REsp nº 444.873/RS que concluiu em sentido diametralmente oposto;
- V.REsp nº 1.326.502/RS, julgado e em 18/04/2013 - necessidade de lei específica citando o REsp nº 927.846/RS.

Cabe ressaltar a precisão dos robustos argumentos lançados pelo Eminentíssimo Desembargador Jaime Ramos, integrante da Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que pinça com singular rigor técnico seu entendimento no voto proferido por ocasião do julgamento, em 20/03/2014, Apelação Cível n. 2014.000260-5:

2. O cerne da demanda consiste em verificar se a instituição da contribuição de melhoria se deu com observância das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria. Não obstante haver divergência jurisprudencial a respeito, é certo que para instituição de contribuição de melhoria não há necessidade de lei específica a cada obra a ser realizada, bastando que o Município tenha, no Código Tributário Municipal, ou em lei complementadora, autorização expressa para a cobrança de tal tributo, com todas as regras a

respeito, que devem compatibilizar-se com as normas constitucionais e infraconstitucionais de cunho nacional, de sorte que o edital a ser publicado para a cobrança da contribuição há de preencher todos os requisitos legais a ela inerentes.

Colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

“Para a cobrança da contribuição de melhoria, não há a necessidade da edição de lei específica a cada obra que implique em valorização dos imóveis por ela atingidos. Cumpre o preceito constitucional a edição de lei municipal que discrimine os requisitos específicos exigidos pelo art. 82 do CTN, bem assim a expedição de editais com o detalhamento e exigências nela definidos. (TJSC – AC n. 1997.005853-5, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Luiz César Medeiros , j. 25/10/2001).

“Se a lei complementar municipal traz todos os requisitos legais para a configuração do tributo, contribuição de melhoria, despicienda é a promulgação de lei específica para exigí-lo” (TJSC - AC n. 2002.026925-0, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 12.05.2003).

Todavia, ainda que haja norma genérica na legislação tributária municipal, a cobrança da contribuição de melhoria deve ser lançada por meio de edital que contenha todos os requisitos previstos na legislação municipal e federal.

O acórdão obteve a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - INOCORRÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA - DESNECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA REFERENTE A CADA OBRA, DESDE QUE CONSTEM DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL OS REQUISITOS - EDITAL QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS

À INSTITUIÇÃO DO TRIBUTO - CONSIDERAÇÃO APENAS DO CUSTO DA OBRA SEM LEVAR EM CONTA A VALORIZAÇÃO DOS IMÓVEIS - TRIBUTO INDEVIDO. A pretensão de repetição de indébito tributário prescreve em cinco anos contados da extinção do crédito tributário. **É desnecessária a edição de lei específica para instituição de contribuição de melhoria a cada obra realizada, bastando a existência de regras a respeito em lei municipal, especialmente o Código Tributário Municipal, com a indicação dos requisitos necessários para a cobrança do mencionado tributo.** A contribuição de melhoria para fazer face ao custo de obra pública só pode ser instituída se houver valorização do imóvel a que serve, devendo ser instituída por edital previamente publicado, que contenha os requisitos do art. 82, do Código Tributário Nacional, incluindo o cálculo de tal valorização, o custo total da obra e o rateio da parcela devida pelo contribuinte beneficiado, que deverá ser notificado do lançamento conforme o disposto no § 2º. O edital que não contém indicações acerca da valorização imobiliária obtida com a obra não é hábil a instrumentalizar o lançamento da contribuição de melhoria, de modo que a cobrança feita pelo ente público é inexigível. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.000260-5, de Papanduva, rel. Des. Jaime Ramos, j. 20-03-2014). **Destques nossos**

No mesmo sentido, o Desembargador João Henrique Blasi, compondo a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao apreciar a matéria asseverou o que segue:

De fato, quanto à necessidade - ou não - de lei específica instituidora, obra por obra, da contribuição de melhoria, tenho entendimento pessoal, reiterado diversas vezes, que caminha no sentido de sua desnecessidade, desde que o Código Tributário Municipal já regulamente a espécie tributária em

foco. Entrementes, por imperativo de segurança jurídica, embora ressalvando esse ponto-de-vista, tenho seguido a corrente majoritária que advoga posição diametralmente oposta. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.075368-2, de Turvo, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 25-02-2014)

2.5 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA INDIVIDUAL MEDIANTE O LANÇAMENTO ADMINISTRATIVO

A contribuição de melhoria como tributo que é, sujeita-se às normas gerais de direito tributário. De tal sorte, cabe ao fisco municipal, mediante ato administrativo, uma vez verificada no mundo fenomênico a ocorrência do fato imponible prevista na hipótese de incidência - *norma tributária* - proceder de acordo com a legislação para constituir o crédito tributário.

Assim como ocorre em relação a qualquer outro tributo, a lei instituidora da contribuição de melhoria deve ser uma só na esfera do respectivo ente tributante.

A cada obra realizada não surge uma nova contribuição de melhoria. O tributo é o mesmo. O que ocorre de novo, que surge pela primeira vez, é o fato gerador.

Se ao pavimentar a rua A ocorreu valorização imobiliária nos imóveis adjacentes, ao pavimentar a rua B poderá ocorrer valorização imobiliária daqueles outros imóveis. Em ambos os casos surge a possibilidade de cobrar o mesmo tributo, qual seja, a contribuição de melhoria decorrente de dois fatos geradores distintos.

O regramento legal não poderá ser dissonante entre ambos sob pena de ferir princípios basilares do direito tributário, dentre eles a isonomia.

Constatada a ocorrência do fato gerador, a administração tributária levará a efeito o lançamento, constituindo o crédito tributário.

O processo que visa à cobrança da contribuição de melhoria é *ato jurídico complexo*, que compreende uma série de atos preparatórios e declaratórios, previstos em lei, cuja preterição pode determinar a anulação do lançamento. (SABBAG, 2013, p. 479)

Outra conclusão levaria a infirmar a lógica do sistema, conforme se depreende das razões de ordem jurídica, política e prática já mencionadas.

2.6 A REVOGAÇÃO DO CAPUT DO ARTIGO 82 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Conforme se observa da jurisprudência, a justificativa que serve de suporte legal para a tese da necessidade de lei específica para cada obra, advém do disposto no artigo 82, *caput* do Código Tributário Nacional, *in verbis*: “Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:”.

Não é razoável concluir que este dispositivo condiciona a cobrança da contribuição de melhoria à edição de lei em sentido formal para cada obra realizada. O dispositivo apenas enumera os aspectos básicos de observância obrigatória pelos entes tributantes quando da edição das respectivas leis instituidoras do tributo, diga-se, uma só lei para cada ente tributante.

Esta lei pode até ser o Código Tributário Municipal, desde que este descreva minuciosamente os aspectos descritos na norma geral. E qual seria a norma geral?

Para alguns, os art. 81 e 82 do Código Tributário Nacional e o Decreto-Lei nº 195/1967, para outros apenas esta última norma, porque teria ela revogado os dispositivos do Código Tributário Nacional.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados nesse sentido, dentre eles:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA
- EDITAL - BASE DE CÁLCULO - VALORIZAÇÃO
IMOBILIÁRIA - D.L. 195/67, ART. 5º - LEI 5.172/66,
ART. 82 - EC 01/69, ART. 18, § 1º - PRECEDENTES
STF E STJ.

- O D.L. 195, de 24 de fevereiro de 1967 teve o condão de revogar o art. 82 CTN que, à época não possuía a força de lei complementar, o que só ocorreu após a promulgação da EC nº 01, de 1969 (art. 18, § 1º).

- A partir do D.L. 195/67, a publicação do edital é necessária para cobrança da contribuição de melhoria, mas não para realização da obra pública.

- A base de cálculo da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária, ou seja, a diferença entre o valor do imóvel antes do início da obra e o valor do mesmo após a conclusão da obra.

- Não havendo aumento do valor do imóvel, impossível a cobrança do tributo.

- Violação de lei federal e divergência jurisprudencial não configuradas.

- Recurso não conhecido. (REsp 143996/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/1999, DJ 06/12/1999, p. 76)

Em tom mais forte, negando a vigência e aplicabilidade dos dispositivos citados em relação aos Estados e Municípios, tem-se a doutrina de Geraldo Ataliba:

70.6.1 As normas gerais vigentes (arts. 81 e 82 do CTN) estabelecem tantos requisitos para a aplicação da c.m. que a tornam de impossível aplicação, além de deformá-la, descaracterizando-a. São nitidamente inconstitucionais e, pois, não obrigatórias para Estados e Municípios, que têm direito de instituir seus tributos sem serem peiados por lei complementar, em casos, como o da c.m., nos quais a dicção constitucional foi suficiente para delinear a competência. (ATALIBA, 2013, p. 178)

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, é de fácil percepção a necessidade de um tratamento mais cuidadoso em relação à contribuição de melhoria.

66.2 A contribuição de melhoria é instituto, já antigo, de larga aplicação e justificável por sólidos motivos financeiros, econômicos, morais e políticos, universalmente reconhecidos.

[...]

66.7 No Brasil, embora previsto em abundante legislação e até mesmo em textos constitucionais, jamais conheceu eficiente e adequada aplicação. Salvo algumas tentativas antológicas, é mera peça de museu. Há enorme resistência à sua implantação, baseada em preconceituosas objeções de toda ordem. (ATALIBA, 2013, p. 172)

A jurisprudência dos tribunais tem tomado posição antagônica ao preconizado na legislação constitucional e infraconstitucional, que rege o sistema tributário nacional, ao pretender estabelecer a necessidade de edição de lei específica para cada obra como supedâneo imprescindível para instituição e cobrança da exação.

A legislação não faz tal exigência. Por outro lado, a tese ganhou força a partir do julgamento do Recurso Especial nº 927.846/RS, cujo acórdão considerou julgado anterior em que a conclusão era diametralmente oposta.

Desavisadamente, os tribunais passaram a proclamar o entendimento sob o condão de “jurisprudência pacífica”, adotando-o como fundamento de decidir sem enfrentar o cerne da questão.

Contudo, é necessário levantar vozes contra a tese equivocadamente adotada, enfatizando a desnecessidade de lei específica para cada obra, pois, o que a legislação prescreve é a regulação por inteiro do tributo em norma do respectivo ente,

com observância dos princípios constitucionais da legalidade, irretroatividade e anterioridade, dentre outros.

A questão deve ser revista sob o ponto de vista jurídico-normativo inerente ao direito tributário brasileiro, qual seja, uma lei geral institui o tributo e estabelece suas características e requisitos sob o escrutínio do legislador e a autoridade administrativa tributária ao verificar a ocorrência do fato gerador efetua o lançamento tributário se presentes os requisitos da norma tributária. De outra forma, estar-se-á por inviabilizar a cobrança deste importante tributo, que visa dar azo a diversos ditames de justiça social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário** - 13^a. ed. atual. ampl. - Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência** - 11^a ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro** - 9^a ed. - São Paulo: Saraiva, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária** - 6^a ed., 14^a Tiragem - São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário** - Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Reforma Tributária Estruturante e Crise Fiscal no Brasil: análise dos principais aspectos** – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 03/09/2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0195.htm>, acesso em 03/09/2014.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 6.164/MS, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Segunda Turma,

julgado em 19/11/1990, DJ 18/02/1991, p. 1026. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199000117690&dt_publicacao=18-02-1991&cod_tipo_documento=>, acesso em 03/09/2014.

----- . Recurso Especial nº 143.996/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 07/10/1999, DJ 06/12/1999, p. 76. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700569985&dt_publicacao=06-12-1999&cod_tipo_documento=>, acesso em 03/09/2014.

----- . Recurso Especial nº 444.873/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23/08/2005, DJ 03/10/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=573314&sReg=200200782095&sData=20051003&formato=PDF>, acesso em 03/09/2014.

----- . Recurso Especial nº 739.342/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 04/05/2006, p. 141. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=618642&sReg=200500545997&sData=20060504&formato=PDF>, acesso em 03/09/2014.

----- . Recurso Especial nº 927.846/RS/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 20/08/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=987693&sReg=200700385803&sData=20100820&formato=PDF>, acesso em 03/09/2014.

----- . Recurso Especial nº 1.326.502/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 18/04/2013, DJE 25/04/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1227604&sReg=201201120604&sData=20130425&formato=PDF>, acesso em 03/09/2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário** - 27ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** - 25ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

CATRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de; DIAS JUNIOR, Antonio Augusto; LUSTOZA, Helton Krammer. **Tributos em Espécie** - 9ª ed. - Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** - 30ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARQUES, Carlos Roberto. **Contornos e Fundamentos Modernos da Contribuição de Melhoria** - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. **Contribuição de Melhoria** - 2ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Priscila Figueiredo da Cunha. **Contribuição de Melhoria** - 1ª ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário** - 5ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2013.075368-2, de Turvo, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 25-02-2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000Q6YG0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6581911&pdf=true>>. Acesso em 03/09/2014.

_____. Apelação Civil nº 2014.036873-0, de Braço do Norte, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 01-07-2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/>

ServletArquivo?cdProcesso=01000RUQE0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7025020&pdf=true>. Acesso em 03/09/2014.

----- . Apelação Cível n. 2014.000260-5, de Papanduva, rel. Des. Jaime Ramos, j. 20-03-2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000QP2Q0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6649111&pdf=true>>. Acesso em 03/09/2014.