

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori; Antônio Carlos Diniz Murta. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-719-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

Apresentação

Mais uma vez nos encontramos para debater os rumos das finanças públicas nacionais. Muito embora não possamos afirmar que de fato ocorra uma evolução na questão fiscal nacional, percebe-se pelo menos que nossa preocupação com o problema orçamentário se faz cada vez mais premente e objeto de maior racionalização em sua leitura e possível elucidação. Estamos em um estado em que vários administradores públicos assim confessam a calamidade pública onde os ingressos financeiros são sobremaneira superados pelos dispêndios mormente em face dos crescentes gastos previdenciários. Os trabalhos apresentados por mais que em sua grande maioria voltados para a área de receita tributária, onde os tributos são o protagonista, não se descuidaram, em sua maior parte, em fazer claras referências à impossibilidade de reduzir carga tributária sem redução, em grau maior, das despesas correlatas. No mesmo sentido se entendeu que buscar, pura e simplesmente, aumentar a carga tributária para arrefecer ou mesmo restringir o aumento do déficit público já não terá vez em nosso país. O desafio a ser enfrentado necessariamente passa pela despesa. O que nós pensadores do direito financeiro podemos fazer - e o fazemos quando nos encontramos em encontros deste quilate - é tentar, através de um pensamento conjunto e propositivo, chegar em alternativas potencialmente viáveis para nossa administração pública que possam redundar de forma concreta e positiva sobre o domínio econômico fazendo com que o nosso país deixa de ser sempre o país de futuro, com fugazes voos de galinha, e se revele ao mundo ao seu próprio povo como uma sociedade mais justa, equilibrada e viável.

O direito financeiro, aí englobando o direito tributário, é justamente a área do direito que hoje merece mais nossa atenção e preocupação.

Não há mais espaço para aventura e postergações de ações.

Obrigado ao CONPEDI, a UNISINOS e a Porto Alegre por nos permitir mais uma vez darmos nossa contribuição ao direito e ao nosso querido Brasil.

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori – UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O CONTINGENCIAMENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E O REGIME FISCAL INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 – A TENSÃO ENTRE EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES FOI MITIGADA?

THE BRAZILIAN FISCAL RESPONSIBILITY ACT'S DUTY OF REDUCING EXPENSES AND THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 95/2016'S FISCAL REGIME – WAS THE TENSION BETWEEN BUDGET EQUILIBRIUM AND INDEPENDENCE OF THE POWERS MITIGATED?

Melissa Guimarães Castello ¹

Resumo

O presente artigo se debruça sobre o artigo 9º da LRF, e sobre o artigo 107 do ADCT, para analisar o dever de contingenciamento de despesas. Nos termos do artigo 9º, quando a arrecadação for menor do que o originalmente orçado, todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária devem reduzir suas despesas. O que ocorre se algum órgão não contingencia as despesas? Através da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016, o artigo aborda alternativas disponíveis ao Poder Executivo, para exigir dos demais Poderes o cumprimento do artigo 9º.

Palavras-chave: Lei de responsabilidade fiscal, Emenda constitucional nº 95/2016, Contingenciamento, Equilíbrio orçamentário, Separação dos poderes

Abstract/Resumen/Résumé

This paper assesses Brazilian Fiscal Responsibility Act's article nine, and the Transitory Constitutional Provisions' article 107, to analyze the duty of reducing expenses. According to article nine, when the revenue is lower than the budget, all Powers and governmental departments which have budget autonomy shall reduce their expenses. But what happens if one departments does not cut its expenses? Analyzing the precedents from the Supreme Court and the Superior Court of Justice, and the rules imposed by the Constitutional Amendment 95/2016, the paper evaluates the alternatives the Executive Power has to demand that all other Powers obey article nine.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fiscal responsibility act, Constitutional amendment 95/2016, Reduction of expenses, State's budget equilibrium, Separation of powers

¹ Procuradora do Estado do RS. Professora de Relações Internacionais da ESPM-Sul. Mestre em Direito pela University of Oxford (revalidado pela UFRGS), doutoranda em Direito pela PUCRS, bacharel em Direito UFRGS.

1. Introdução¹

A Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), pretendeu modernizar o sistema de regras que disciplina a gestão de recursos públicos. Em apertada síntese, esta lei determina que os gestores públicos devem obedecer a metas de geração de receitas, bem como a limites pré-estabelecidos no que toca às despesas públicas.

O art. 4º, parágrafo 1º, da LRF disciplinou as metas de arrecadação. Segundo este parágrafo, “integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas,...”. Por consequência, todos os anos, quando o Poder Legislativo aprova a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) proposta pelo Poder Executivo, aquele analisa e legisla sobre as metas de arrecadação impostas para o exercício financeiro subsequente.

Ciente de que estas metas nem sempre serão atingidas pelos órgãos de arrecadação, o legislador previu um mecanismo para readequação do orçamento quando as metas do Anexo de Metas Fiscais não fossem alcançadas. O art. 9º da Lei Complementar 101/2000 determina que “se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Ou seja, caso as metas de arrecadação estipuladas na lei de diretrizes orçamentárias não possam ser alcançadas, os gestores de recursos públicos deverão adequar seus orçamentos, reduzindo proporcionalmente as despesas.

Nos termos do artigo 9º, todos os Poderes e o Ministério Público têm o dever de contingenciar suas despesas. Considerando-se que hoje há outros órgãos do Estado que são dotados de autonomia orçamentária – tais como os Tribunais de Contas e as Defensorias Públicas – é inequívoco que a estes também se impõe o dever de contingenciar despesas, motivo pelo qual parece mais adequado falar em “órgãos dotados de autonomia orçamentária”, e não exclusivamente em Poderes. O art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), introduzido pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de

¹ Este artigo é uma versão atualizada do artigo intitulado “O Dever de Contingenciamento Estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal: tensão entre o equilíbrio orçamentário e a independência entre os Poderes”, publicado na **Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 36, n. 75, p. 29-53.

2016, deixa claro que, ao menos no âmbito da União, a estes órgãos também são impostos limites de despesas.

Portanto, o dever de contingenciamento é o objeto do presente artigo. O tema abordado é de especial relevância no presente momento, em que a crise financeira pela qual vem passando o país fez com que fossem frustradas todas as metas de arrecadação estabelecidas para os últimos anos. O “Novo Regime Fiscal” estabelecido pela Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 nada mais é do que uma resposta a esta frustração de receita: os artigos 106 a 114 do ADCT tornam regra constitucional um modelo de ajuste fiscal muito mais rígido do que o traçado pela LRF, e constitucionalizam as sanções que em parte já eram previstas na Lei Complementar 101/2000 para os Poderes ou órgãos dotados de autonomia orçamentária que extrapolam os limites máximos de despesa. Este novo regramento constitucional não chega a abordar especificamente a matéria referente ao contingenciamento, mas avança no delineamento da independência dos Poderes, ao estabelecer limites individualizados de despesa primária para cada Poder, nos termos do art. 107, § 1º, do ADCT.

Como será demonstrado, a principal dificuldade do dever de contingenciamento diz respeito à relação entre os órgãos dotados de autonomia orçamentária: como assegurar que todos estes órgãos limitem seus empenhos e despesas? Este artigo analisa especificamente os meios jurídicos de garantir o contingenciamento, não só pelo Poder Executivo, como também pelos demais Poderes, assegurando-se, de outro lado, a independência e autonomia dos referidos órgãos.

Para tanto, se inicia o estudo a partir da apresentação das normas atinentes ao dever de contingenciamento, passando-se pela análise da interpretação dada pelas Cortes Superiores ao art. 9º, para, por fim, analisar as formas de imposição do contingenciamento a todos os gestores de recursos públicos.

2. Normas que regulamentam o dever de contingenciamento

O principal dispositivo que impõe o contingenciamento de despesas aos órgãos públicos é o *caput* do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, transcrito acima. Este artigo está inserido na seção IV do capítulo II da referida lei, em que se legisla sobre execução orçamentária e cumprimento de metas.

Nos termos do art. 9º, os Poderes e o Ministério Público devem limitar os empenhos e movimentações financeiras, se for verificado, ao final do primeiro bimestre do exercício financeiro, que a realização da receita foi aquém dos valores estimados no Anexo de Metas

Fiscais da lei de diretrizes orçamentárias. Dessa forma, o contingenciamento só pode ser ordenado a partir do segundo bimestre do exercício financeiro. Antes disso, não há prazo hábil para verificar se efetivamente a arrecadação será inferior à estimada.

O contingenciamento é sempre uma medida temporária, imposta para evitar o desequilíbrio momentâneo das contas públicas. Por esse motivo, se a realização da receita tornar a crescer ao longo do exercício financeiro, o ordenador de despesas poderá voltar a efetuar as despesas originalmente orçadas. Esta é a regra estabelecida pelo § 1º do art. 9º.

Outra particularidade das regras estabelecidas pelo art. 9º é que o contingenciamento será efetuado “segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Essa regra é coerente com o art. 4º da LRF, que atribui à LDO o papel de dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas. Se à lei de diretrizes orçamentárias compete assegurar esse equilíbrio, esta lei naturalmente deverá definir o que fazer quando o equilíbrio for ameaçado.

Portanto, para bem compreender como deverá ser feito o contingenciamento, é imperativo analisar o que foi determinado pela LDO em vigor. A título de exemplo, são analisadas as regras sobre contingenciamento da lei de diretrizes orçamentárias do Estado do Rio Grande do Sul para 2018 – Lei Ordinária 15.018/17 – que dispõe sobre a matéria nos arts. 30 e 31.

No art. 30, a lei simplesmente determinou que a limitação de despesas será proporcional à participação de cada órgão no total da despesa, não chegando a estabelecer critérios que devem ser adotados pelos Poderes para proceder à contenção de empenhos. Por consequência, a LDO deu ampla liberdade aos Poderes para promoverem a limitação de empenhos da forma que lhes for mais conveniente². Andou bem a legislação gaúcha nesse particular, pois assegurou a autonomia de cada um dos Poderes, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Se for necessário o contingenciamento, cada um dos chefes dos Poderes deverá publicar ato em que define o que contingenciar, conforme lecionam Ives Gandra Martins e Carlos Valder do Nascimento (2011, p. 111).

Por outro lado, o art. 30 é passível de críticas por determinar que o contingenciamento deverá ser “proporcional à participação de cada um no **total** da despesa orçamentária primária” (grifamos). Considerando que parcela substancial das despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária decorre do pagamento da folha de pessoal, e que

² Há dois mecanismos de contenção de empenhos: o contingenciamento, que consiste no bloqueio, por parte do órgão que centraliza as autorizações de empenho, das despesas de determinadas unidades; e o corte linear, em que todos os órgãos e setores são atingidos na mesma proporção (CRUZ; VICCARI JR.; HERZMANN, 2011, p. 41). Nos moldes da LDO/RS 2018, compete ao chefe do Poder optar pela técnica de contenção de empenhos que for mais adequada à sua realidade orçamentária.

essas despesas dificilmente podem ser reduzidas, devido à norma do art. 37, XV, da Constituição da República, que prevê a irredutibilidade do subsídio e dos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, determinar o contingenciamento proporcional ao total da despesa primária pode tornar inexecutável a regra do art. 30 da LDO/RS 2018. De fato, os órgãos dotados de autonomia orçamentária teriam que reduzir drasticamente suas despesas com outras finalidades – que não o pagamento da folha de pessoal – a fim de alcançar o montante que precisa ser contingenciado. Hipoteticamente, se a necessidade de contingenciamento for muito elevada, estes órgãos se veriam impedidos de efetuar qualquer despesa de outra natureza, a fim de alcançar o montante a ser contingenciado.

O art. 31 da LDO/RS 2018, por sua vez, se limita a arrolar as despesas que não podem ser contingenciadas, sendo omissa em relação àquelas que poderiam ser contingenciadas, se assim fosse necessário. Ao enumerar as despesas não contingenciáveis, a LDO/RS nada mais fez do que dar fiel cumprimento ao § 2º do art. 9º da LRF, segundo o qual não podem ser limitadas as despesas decorrentes de obrigações constitucionais, as destinadas ao pagamento do serviço da dívida e as ressalvadas pela LDO³.

Voltando ao artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, resta analisar seu parágrafo 3º, que é exatamente a norma que pretendia assegurar que os órgãos dotados de autonomia orçamentária cumprissem a obrigação de contingenciamento. Segundo esse parágrafo, “no caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Essa norma foi declarada inconstitucional na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.238-5, conforme analisado no tópico a seguir.

3. A Jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o dever de contingenciamento

A jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o dever de contingenciamento volta-se, primordialmente, para a solução do conflito entre a obrigação de contingenciar, de um lado, e o equilíbrio e autonomia entre os Poderes, de outro. Há alguns julgados em que se debate a forma de assegurar esta composição de princípios, e a análise destes acórdãos é crucial para responder ao problema identificado no presente artigo.

³ Conforme mencionado em CASTELLO (2017, p. 32-3), o inciso III do art. 26 da Lei Estadual nº 14.568/2014 (LDO/RS 2015) excluía da base contingenciável as despesas com pessoal. A partir da LDO/RS 2016, referida exclusão foi suprimida. Considerando que parcela substancial das despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária é decorrente de despesas com pessoal, e estas dificilmente podem ser contingenciadas, parecia adequado excluí-las da base contingenciável.

3.1. A ADI nº 2.238-5

O ponto de partida da análise deve ser o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-5 (BRASIL, 2008). Até a presente data não houve o julgamento definitivo da Ação Direta, na qual se questionou a constitucionalidade total da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como de diversos dos seus artigos, isoladamente. Em sede de Cautelar, declarou-se a inconstitucionalidade total ou parcial dos seguintes artigos: 9º, § 3º; 12, § 2º; 21, inciso II; 23, §§ 1º e 2º; 56; 57; e 72.

O mecanismo previsto no parágrafo terceiro do art. 9º da LRF, que autorizava o Poder Executivo a limitar os valores despendidos pelos demais Poderes, no caso em que estes não promovessem o contingenciamento no prazo de trinta dias, foi declarado inconstitucional pela referida Medida Cautelar. A sessão de julgamento em que essa inconstitucionalidade foi reconhecida ocorreu em 22/02/2001, e a decisão foi unânime. A norma foi considerada inconstitucional porque se entendeu que permitiria indevida ingerência do Poder Executivo sobre os demais, na medida em que aquele Poder poderia limitar o orçamento dos outros.

Não obstante a decisão ter sido unânime, a análise da íntegra do acórdão revela que houve divergências e debates acerca da constitucionalidade do parágrafo 3º. O Ministro Ilmar Galvão, relator originário do processo, ao longo de seu voto afirmou que a norma seria constitucional, uma vez que “[o] que se tem não é interferência do Poder Executivo nos outros Poderes, mas providência destinada a prevenir os efeitos de inobservância de limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, pelos meios suscetíveis de serem utilizados pelo primeiro, ou seja, a limitação dos valores financeiros” (BRASIL, 2008, fls. 57-58). Não constou do acórdão o motivo pelo qual o Ministro mudou de opinião, votando pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º.

Nos debates orais, o Ministro Nelson Jobim, que votou pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º, manifestou seu receio de que a regra do art. 9º, *caput*, fosse ineficaz sem o complemento do referido parágrafo: como assegurar que os órgãos dotados de autonomia orçamentária efetivamente contingenciarão suas despesas, quando instados pelo Poder Executivo? Esta pergunta foi respondida pelo Ministro Sepúlveda Pertence nas fls. 169-170 do acórdão: pelas “vias constitucionais próprias”. Portanto, resta evidente a possibilidade de garantir o contingenciamento através de tutela jurisdicional.

Em caso semelhante, aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a administração financeira do Poder Judiciário pode – e deve – ser objeto de controle, seja pela

fiscalização dos Tribunais de Contas e do Legislativo, seja através do ajuizamento da ação pertinente. É o que constou na ementa da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 691, segundo a qual “a administração financeira do Judiciário não está imune ao controle, na forma da Constituição, da legalidade dos dispêndios dos recursos públicos; sujeita-se, não apenas à fiscalização do Tribunal de Contas e do Legislativo, mas também às vias judiciais de prevenção e repressão de abusos” (BRASIL, 1992).

Portanto, levando-se em conta a decisão proferida pela Suprema Corte na ADI/MC 2.238-5, em conjunto com o precedente transcrito acima, pode-se afirmar que os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária – quando instados a tanto pelo Poder Executivo – têm o dever de contingenciar as despesas, com base no art. 9º, *caput*, da LRF. Caso deixem de cumprir este dever, caberá ao interessado – possivelmente, o Poder Executivo – não só tomar as medidas cabíveis junto ao Tribunal de Contas, como também ajuizar eventual ação contra o administrador do Poder que não tenha contingenciado as despesas.

Contudo, passados mais de quinze anos desde a entrada em vigor da LRF, não se identificou um único caso perante os Tribunais Superiores em que um dos Poderes pretendesse exigir do outro o cumprimento do dever de contingenciamento, a demonstrar que o receio indicado pelo Ministro Nelson Jobim na ADI/MC 2.238-5 era fundado: sem o parágrafo 3º, que lhe dá coercibilidade, o *caput* do art. 9º da LRF é ineficaz.

Percebe-se, portanto, que a decisão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 9º da LRF, proferida na Medida Cautelar em ADI nº 2.238-5, ainda que tenha sido proferida por unanimidade, não foi isenta de debates entre os Ministros. E mais, esta decisão foi proferida sem uma análise aprofundada do tema – o que é natural em sede de Medida Cautelar –, poucos meses depois da entrada em vigor da Lei Complementar 101/2000. Hoje, depois de um período em que o direito financeiro avançou a passos largos, seria interessante o reexame desta decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em 2016 houve a perspectiva do julgamento de mérito da ADI, que chegou a ser incluída em pauta, para julgamento, pelo Min. Teori Zavascki, em 05/10/2016, mas acabou sendo retirada de mesa em 04/04/2017, pelo Min. Alexandre de Moraes, que foi designado novo relator do processo.

3.2. O impacto da Emenda Constitucional 95/2016 sobre as decisões que tratam da participação dos demais Poderes na elaboração das leis de diretrizes orçamentárias

Sob uma perspectiva ligeiramente diferente, o Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões em que declarou que é obrigatória a participação de todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias. Isso porque a LDO serve de parâmetro para que os órgãos dotados de autonomia orçamentária elaborem seus orçamentos anuais. Logo, estes devem ter alguma ingerência no processo de elaboração da LDO, para que esta atenda às suas necessidades de custeio e investimento.

A Constituição da República é expressa, ao determinar a elaboração conjunta da LDO, como se lê no art. 99, parágrafo 1º: “Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias”. Segundo Eugênio Greggianin (2000, p. 25), essa regra é extensiva ao orçamento do Ministério Público. Idêntico é o entendimento do STF, conforme decidido na ADI nº 4.356 (BRASIL, 2011).

Greggianin afirma, também, que não fica estabelecida a forma de participação dos Poderes na elaboração da LDO, pois a expressão “limites estipulados conjuntamente”, do parágrafo 1º, “pode ser interpretada no sentido de que a LDO estabelece limites para todos os Poderes, ou então no sentido de que a fixação dos referidos limites nessa Lei dependeria de ato prévio e conjunto (consensual!) entre os Poderes” (GREGGIANIN, 2000, p. 25).

O STF acabou se inclinando pela segunda interpretação sugerida por Greggianin, como se depreende da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.426, relatada pelo Ministro Dias Toffoli. Na ementa do acórdão se lê o quanto segue: “A participação necessária do Poder Judiciário na construção do pertinente diploma orçamentário diretivo, em conjugação com os outros Poderes instituídos, é reflexo do status constitucional da autonomia e da independência que lhe são atribuídas no art. 2º do Diploma Maior.” (BRASIL, 2011b).

Em sentido semelhante, na já citada ADI nº 4.356, julgada em conjunto com a ADI 4.426, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a LDO “é o meio normativo próprio (idôneo) para a imposição de eventual contensão de gastos” dos órgãos dotados de autonomia orçamentária. Nos dois casos citados houve uma limitação, por lei ordinária posterior à elaboração da LDO, das dotações orçamentárias do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente. Os artigos da lei em questão que impactavam nos orçamentos do Poder Judiciário e do Ministério Público foram declarados inconstitucionais.

Cabe mencionar, também, as decisões proferidas nas Medidas Cautelares em ADIs 810 e 848 (BRASIL, 1993), relatadas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek,

respectivamente. Nestes acórdãos, o STF, já em 1993, determinou a participação obrigatória do Poder Judiciário na elaboração das LDOs. Mais especificamente, na ADI 810 a lei de diretrizes orçamentárias impugnada fixava um limite, estabelecido em percentual, dos recursos orçamentários a serem destinados ao Judiciário. Nos termos do voto do Ministro Relator, a fixação deste limite “em princípio, coexiste bem com o preceito da Carta Federal, a não ser pelo fato de que isso foi fixado à revelia do Poder Judiciário local” (BRASIL, 1993b, p. 10). Portanto, fica claro que, para que a LDO possa ter qualquer ingerência no orçamento do Poder Judiciário, este deve participar do seu processo de elaboração. Não chegou a haver julgamento definitivo das Ações Diretas, por perda de objeto, já que as leis de diretrizes orçamentárias têm vigência anual.

O papel da LDO na fixação dos limites orçamentários de cada Poder foi ligeiramente modificado pelo art. 107 do ADCT, através do qual os órgãos dotados de autonomia orçamentária passam a ter limites individualizados para as despesas primárias. Como regra geral, cada órgão passa a ter suas despesas primárias limitadas à despesa do ano anterior, corrigida pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, ou por índice que venha a substituí-lo. Por consequência, o amplo debate entre os Poderes, previsto pelo art. 99, § 1º, da Constituição, passa a ser restringido pelo critério objetivo estabelecido no art. 107, § 1º do ADCT.

O art. 107 do ADCT traz ainda duas regras tendentes a mitigar os impactos que o limite objetivo do § 1º poderá ter sobre os órgãos dotados de autonomia orçamentária: o § 7º estabelece que nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, o Poder Executivo poderá compensar com redução equivalente na sua despesa primária o excesso de despesas dos demais Poderes; e o § 9º permite que a LDO disponha sobre a compensação entre os limites individualizados de cada órgão, remanejando-se para um órgão valores excedentes no orçamento de outro, desde que respeitado o limite orçamentário global. Dessa forma, o diálogo entre os órgãos dotados de autonomia orçamentária permitirá que as necessidades essenciais de cada um deles sejam supridas, sem que haja cortes drásticos no orçamento de outro.

O art. 107 do ADCT, bem como todos os artigos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 95/2016, é objeto da ADI nº 5633, distribuída à Ministra Rosa Weber em 16/12/2016, e da ADI nº 5715, distribuída por prevenção à mesma relatora em 05/06/2017. As duas ações ainda estão pendentes de julgamento. Na primeira ação, ajuizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, se questiona a falta de participação do Poder

Judiciário na elaboração de norma de natureza orçamentária, em violação ao artigo 99 da Constituição, e, por consequência, à cláusula pétrea da separação dos Poderes. A segunda ADI, de autoria do Partido dos Trabalhadores, aponta vício formal no processo legislativo, bem como violação do limite material imposto pelo projeto constitucional, de efetivação de direitos sociais.

Seguindo a orientação do STF apresentada acima, no sentido da participação obrigatória dos Poderes na elaboração da LDO, devido ao texto do art. 99, § 1º, da Constituição, seria possível imaginar que as normas da Emenda Constitucional nº 95/2016 sejam consideradas inconstitucionais, por violação à independência e autonomia do Poder Judiciário. Por outro lado, resta em aberto se o STF considerará que há uma efetiva violação a cláusula pétrea constitucional, requisito este essencial para a declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição⁴, ou se manterá hígido o Novo Regime Fiscal, por conta de que este foi criado através de norma constitucional.

As decisões do STF indicadas acima, bem como o novo ordenamento constitucional estabelecido pela EC 95/2016, são interessantes para a construção do raciocínio apresentado nesse artigo. Os precedentes do Supremo deixam claro que todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária têm – ou devem ter – alguma ingerência no processo de redação da lei de diretrizes orçamentárias. O art. 107 do ADCT em nada altera essa necessária ingerência, especialmente devido ao disposto nos parágrafos 7º e 9º, que permitem à LDO redistribuir os limites objetivos de despesa primária fixados no § 1º do mesmo artigo.

Considerando a necessária participação dos Poderes na redação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, parece indiscutível que estes órgãos têm conhecimento prévio das normas previstas na LDO atinentes ao contingenciamento de despesas, podendo sugerir alterações na redação dessas normas. Portanto, caso percebam que eventual determinação de contingenciamento inviabilizaria as obrigações financeiras essenciais do órgão ou Poder, os órgãos dotados de autonomia orçamentária devem negociar com o Poder Executivo a alteração das normas sobre limitação de despesas, antes mesmo do envio do projeto de LDO ao Poder Legislativo. Caso não exerçam esse direito, não podem arguir que não têm condições para limitar os empenhos, se assim solicitados pelo Poder Executivo, nos moldes previstos no art. 9º da LRF, em conjunto com as regras da LDO anual.

⁴ Vide, nesse sentido, as decisões proferidas pelo STF nas ADI 1.946 MC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29-4-1999, DJ de 14-9-2001; e ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, DJE de 19-5-2011.

3.3. A decisão do STF na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.483/RJ e as demais decisões que determinam a adequação do duodécimo à receita efetivamente realizada

Um terceiro grupo de decisões relevantes à análise efetuada nesse artigo se origina no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a estas decisões é possível hoje acrescentar a decisão do STF na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.483/RJ (BRASIL, 2017). O STJ, ao analisar casos em que o Poder Executivo repassou aos demais Poderes duodécimos em valor inferior ao originalmente orçado, em mais de uma ocasião entendeu que é correto o repasse a menor, quando a receita real for inferior à prevista na Lei Orçamentária Anual.

É o que se depreende do acórdão proferido no Recurso Especial nº 189.146/RN, julgado por unanimidade. Na decisão, os Ministros limitaram o duodécimo de uma Câmara Municipal à receita concretizada, como se lê na ementa:

2. A liberação contemplada no artigo 168, Constituição Federal, não é desordenada. Obedece ao sistema de programação de despesa, efetivando-se em favor da Câmara Municipal de forma parcelada em duodécimos, estabelecidos mensalmente e conformados à receita concretizada realmente mês a mês. Esse critério permite o equilíbrio, de modo que não sejam repassados recursos superiores a arrecadação ou com o sacrifício das obrigatórias despesas da responsabilidade do executivo. A liberação ou repasse não tem por base única a previsão orçamentária, devendo ser considerada a receita real. ... (BRASIL, 2002, p. 228).

Idêntica é a orientação proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 10.181/SE, em que o STJ decidiu que “o quantum a ser efetivado [do duodécimo] deve ser proporcional à receita do ente público, até porque não se pode repassar mais do que concretamente foi arrecadado” (BRASIL, 2001, p. 72). Não se identificou recurso ao STF em nenhum dos dois casos, restando consolidadas as decisões proferidas pelo STJ.

O Agravo em Recurso Especial nº 445.142/RO (BRASIL, 2013) e o Recurso Especial nº 318.085 (BRASIL, 2008b) levaram ao Superior Tribunal de Justiça casos semelhantes, e poderiam gerar uma jurisprudência mais atual daquela Corte sobre o tema. Contudo, esses recursos acabaram tendo seus seguimentos negados, pois no primeiro caso o recorrente não prequestionou adequadamente a matéria; e no segundo caso não foi demonstrada a divergência jurisprudencial.

No Agravo de Instrumento nº 1.160.946/MG também se debateu se o valor do duodécimo deveria tomar por base a receita realizada ou a prevista. O Tribunal *a quo* entendeu que o parâmetro deveria ser a receita realizada, e o STJ não decidiu a questão, pois, da forma como abordada a matéria pelo recorrente, esta seria de índole exclusivamente constitucional (BRASIL, 2009). Não se identificou recurso para o STF.

Em decisão bem mais recente, o Supremo Tribunal Federal se alinhou à antiga

jurisprudência do STJ: trata-se do Mandado de Segurança nº 34.483, através do qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) arguiu que teria o direito líquido e certo “[ao] repasse **integral** [de seu] duodécimo orçamentário [...] sempre até o vigésimo dia de cada mês” (BRASIL. 2017, p. 6). Salienta-se que o processo foi originariamente julgado pelo STF, por conta da competência fixada no art. 102, I, *n*, da Constituição, na medida em que todos os membros do TJRJ possuíam interesse econômico no julgamento do feito. Em acórdão da lavra do Min. Dias Toffoli, o STF deferiu parcialmente a medida cautelar, decidindo que:

Mais recentemente, entretanto, em julgamento do MS nº 31.671/RN - submetido ao Plenário (porquanto anterior à alteração implementada pela Emenda Regimental nº 45/2011, em especial art. 9º, I, g, do RI/STF) -, os Ministros desta Suprema Corte, ao menos em sede cautelar, passaram a ponderar a necessidade de se adequar a previsão orçamentária à receita efetivamente realizada/arrecada pelo Poder Executivo para fins do direito ao repasse dos duodécimos aos demais Poderes e órgãos autônomos, sob o risco de se chegar a um impasse em sua execução. [...]

É pela possibilidade de a receita prevista na lei orçamentária não vir a se concretizar no curso do exercício financeiro que, na própria Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), instituiu-se o dever de cada um dos Poderes, **por ato próprio**, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações (art. 9º). [...]

A questão surge, entretanto, diante da recusa de um Poder em proceder a essa autolimitação, porquanto foi suspensa, por força de decisão cautelar na ADI nº 2.238/DF, a eficácia do dispositivo que prescreve a possibilidade de o Poder Executivo, por ato unilateral, estipular medida de austeridade nas esferas dos demais Poderes e órgãos autônomos, nestes termos: [...]

Nos moldes do que decidido cautelarmente no MS nº 31.671/RN, voto pelo **deferimento parcial da medida liminar**, assegurando-se ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro o **direito de receber, até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, sendo facultado ao Poder Executivo do referido Estado-membro proceder ao desconto uniforme de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) da Receita Corrente Líquida prevista na Lei estadual nº 7.210/2016 (LOA) em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos**, [...] (BRASIL, 2017, p. 17-22).

Acompanhando o Ministro Relator, o Ministro Teori Zavascki destacou que não faz sentido que, diante de acentuado déficit orçamentário, um determinado Poder tenha seu duodécimo calculado pelo valor projetado, que é um valor irreal. Os demais integrantes da Segunda Turma do STF também acompanharam o Relator, à unanimidade.

É pertinente mencionar, ainda, que, após a publicação do acórdão, o TJRJ e o Estado do Rio de Janeiro celebraram acordo sobre o repasse dos duodécimos, que modificou ligeiramente o quanto decidido pelo STF, para permitir que o Poder Judiciário utilizasse valores depositados em um fundo para o pagamento de sua folha de salários, com posterior ressarcimento por parte do Poder Executivo. Este acordo, que foi homologado pelo Supremo, definiu, também, que o duodécimo devido ao Poder Judiciário, ao longo dos anos de 2016 e 2017, ficava limitado aos valores necessários para quitar a folha de pagamentos do Poder Judiciário. Por consequência, o acordo deu fiel cumprimento à orientação que foi apresentada

como mais adequada no tópico 2 deste artigo, de não contingenciar despesas obrigatórias, tais como a decorrente de salários e subsídios.

Não obstante o acordo celebrado, o fato é que a Segunda Turma do STF decidiu que o valor do duodécimo deve ser calculado de acordo com a receita efetivamente realizada, e não com a receita projetada, seguindo as orientações mais antigas do STJ. Essas decisões são coerentes com o princípio do equilíbrio orçamentário, na medida em que permitem a revisão das despesas no momento em que se percebe que a meta de arrecadação será frustrada.

Ricardo Lobo Torres classifica o equilíbrio orçamentário como princípio constitucional de legitimação, pois ele penetra em todos os princípios específicos. O autor define o princípio como “a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade e entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico” (TORRES, 2008, p. 173-4), e esclarece que a Constituição não o proclama explicitamente, mas o recomenda em diversos dispositivos. O equilíbrio deve ser viabilizado pela legislação ordinária, no entender de Torres (TORRES, 2008, p. 182), ainda que a Emenda Constitucional nº 95/2016 tenha, de certa forma, constitucionalizado este princípio.

O equilíbrio orçamentário norteia todo o sistema implementado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Na linguagem do art. 1ª, § 1º, da Lei Complementar 101/2000, “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. É bem o que ocorre quando se repassa os duodécimos de acordo com a receita real: são corrigidos os desvios capazes de afetar o equilíbrio orçamentário.

Percebe-se, portanto, que a orientação do STJ, hoje corroborada pelo STF, é coerente não só com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário, como também com o sistema vigente desde a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É louvável a mudança de posicionamento do STF inaugurada pelo MS 34.483/RJ-MC. Há poucos anos, ainda que não houvesse acórdãos do STF que se debruçassem especificamente sobre a questão do repasse de duodécimos proporcionalmente à receita realizada, havia decisões monocráticas deferindo liminares, para que o repasse se desse de acordo com a receita prevista na lei orçamentária, e não com a receita efetivamente realizada⁵. Uma dessas decisões monocráticas, inclusive, foi proferida no Mandado de Segurança

⁵ Ricardo Lobo Torres denuncia o abuso do Poder Judiciário na interpretação do art. 168 da Constituição, conforme segue: “A medida [art. 168] traz em si nítida reação contra a centralização financeira do período autoritário. Mas caiu, pendularmente, no exagero oposto. Houve abuso na interpretação do art. 168 pelo Judiciário e pelo Legislativo, que entenderam ser o dia 20 o do pagamento dos vencimentos de seus funcionários, e não o da transferência de recursos.” (TORRES, 2008, p. 455).

31.671/RN, que foi citado pelo Min. Dias Toffoli ao longo de seu voto no MS 34.483 como o precedente em que se passou a permitir que o repasse dos duodécimos se desse de acordo com a receita realizada⁶. No MS 31.671, o colegiado modificou a orientação do juízo monocrático, limitando os valores a serem repassados ao Poder Judiciário à receita realizada. Contudo, o julgamento foi interrompido por pedido de vista, de modo que ainda não há um acórdão publicado neste caso.

Do julgamento da medida cautelar no MS 34.483, bem como da decisão proferida pelo Supremo na Ação Originária nº 1.079/RO (BRASIL, 2004) se depreende um requisito essencial para que o repasse dos duodécimos se dê de acordo com a receita realizada: o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal estipula rito próprio para que se efetue a limitação de despesas, o qual deve ser seguido pelo Poder Executivo. De fato, havendo rito próprio para o contingenciamento, não há razão para se afastar dele. Nos casos julgados pelas decisões monocráticas indicadas acima, contudo, o rito próprio não foi obedecido.

Por consequência, conjugando-se todas as decisões analisadas neste tópico, percebe-se que o contingenciamento de despesas é instrumento colocado à disposição do Chefe do Poder Executivo, que deve ser utilizado para a manutenção do equilíbrio orçamentário. Não obstante, a forma de compatibilização deste instrumento com o princípio da separação dos Poderes está longe de ser tranquila. No tópico a seguir passa-se à análise de sugestões de como compatibilizar os dois princípios constitucionais.

4. Formas de assegurar o contingenciamento por todos os gestores de recursos públicos

Conforme exposto na primeira parte desse artigo, os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária têm a obrigação legal de promover as limitações de empenho, com base no *caput* do art. 9º da Lei Complementar 101/2000, segundo os critérios fixados pela LDO. Para que essa limitação se torne cogente, contudo, deve o chefe do Poder Executivo seguir detalhadamente o rito previsto no mencionado artigo, que é complementado pela própria LDO. Dessa forma, evita-se o efeito surpresa para os órgãos dotados de autonomia orçamentária, e não se afronta a autonomia financeira destes órgãos, pois todos teriam conhecimento prévio sobre a possibilidade de contingenciamento, na medida em que participaram da feitura desta lei, na forma da jurisprudência do STF analisada no tópico 3.2.

⁶ Vide: STF, AO 1.935 MC/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJe 25/09/2014; STF, MS 31.671 MC/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 21/11/2012; STF, RE 299.262/RN, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 22/10/2004.

A Emenda Constitucional nº 95/2016 em nada modificou a possibilidade de elaboração conjunta da LDO. Não obstante, ao estabelecer limites individualizados para as despesas primárias para cada um dos órgãos dotados de autonomia orçamentária da União, aumentou a previsibilidade do orçamento disponível para estes órgãos nos exercícios subsequentes, e por consequência, assegurou o equilíbrio entre os Poderes, na medida em que todos passaram a ter possibilidade idêntica de crescimento orçamentário.

Por outro lado, a crítica da AJUFE na ADI 5633, de que não houve diálogo entre os Poderes para a redação da referida Emenda Constitucional, é pertinente. Contudo, é certo que as possibilidades de compensação entre os limites individuais de despesa estabelecidos no ADCT permite este diálogo, que permanecerá ocorrendo quando da elaboração das leis de diretrizes orçamentárias.

Portanto, ainda que o ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC 95/2016 deixe transparecer que a tensão entre o equilíbrio orçamentário e a independência entre os Poderes não foi mitigada pelo advento da Emenda, parece certo que esta não piorou o cenário. Por outro lado, a mudança de orientação do STF, a partir da medida cautelar deferida no MS 34.483, em muito contribuiu para o reequilíbrio desta balança.

De fato, a decisão parte da premissa que, como os órgãos dotados de autonomia orçamentária aceitaram, ainda que tacitamente, a possibilidade de contingenciamento de despesas, espera-se que reduzam seus empenhos, se a tanto forem instados pelo Poder Executivo, na forma do art. 9º da LRF. Segundo Rubens Luiz Murga da Silva, em artigo que comenta o contingenciamento de despesas da União nos anos 2001 a 2003, logo após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal os Poderes atenderam voluntariamente ao pleito do Poder Executivo Federal, reduzindo suas despesas (SILVA, 2004, p. 73-4). No mesmo sentido, o voto proferido pelo Min. Dias Toffoli no MS 34.483/RJ – MC relata que, no âmbito federal, os contingenciamentos de receita e empenho operam em ambiente de diálogo entre o Poder Executivo e os demais Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária (BRASIL, 2017, p. 18). Mas o que ocorre quando estes órgãos não atendem ao pleito do Poder Executivo?

Na eventualidade de um desses órgãos deixar de efetuar o contingenciamento de seus empenhos no prazo legal – 30 dias, nos termos do art. 9º da LRF – o Poder Executivo não pode efetuar o contingenciamento com base nos parâmetros da LDO, como originalmente previsto no parágrafo 3º do art. 9º da LRF, por força da decisão proferida na ADI/MC 2.238, em que se decidiu que este parágrafo afrontaria a autonomia financeira dos demais Poderes.

Na linha desta decisão do STF, Carlos Roberto Paganella e outros defendem que o parágrafo 3º seria inconstitucional porque não pode haver qualquer preponderância do Poder Executivo em face dos demais órgãos de Estado (PAGANELLA, 2000, p. 257). Não obstante, parece correto afirmar que, quando não ocorre o contingenciamento, acaba havendo a preponderância de todos os demais Poderes sobre o Executivo, pois todos se veem na plena execução de seus orçamentos, exceto o Executivo, que tem que arcar, sozinho, com os ônus decorrentes da frustração da receita originalmente orçada.

Nesse sentido, José Augusto Moreira de Carvalho, ao comentar o § 3º do art. 9º da LRF, afirma que “num primeiro estudo, parece exagerada a qualificação de superpoder, que insinuaria a dependência dos demais Poderes ao Executivo. Na verdade, a limitação dos valores financeiros deve seguir os critérios apresentados pela lei de diretrizes orçamentárias...” (CARVALHO, 2007, p. 64). Contudo, o autor reconhece que a existência de uma norma que permite a um Poder imiscuir-se no orçamento do outro poderia provocar discórdias e desentendimentos.

A fim de evitar esse desequilíbrio, restaria ao Poder Executivo a adoção de medida judicial contra o chefe do órgão que não contingenciou as despesas, por descumprimento do art. 9º da LRF, conforme mencionado pelo Min. Sepúlveda Pertence nos debates da ADI/MC 2.238. Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa e Afonso Ghizzo Neto (*apud* CRUZ, 2011, p. 40) afirmam ser possível a insurgência, inclusive na via judicial, de um Poder sobre o outro, para discutir a legalidade de atos desprovidos de compatibilidade orçamentária, cabendo ao Poder Judiciário assegurar o fiel cumprimento da responsabilidade fiscal.

É de se questionar: essa medida judicial não causaria ainda mais discórdias e desentendimentos? A resposta deve ser afirmativa, e o fato de não se identificar nos Tribunais Superiores nenhuma ação judicial que tenha esse tema por objeto corrobora essa assertiva.

Para evitar a necessidade de propositura de uma ação judicial pelo Poder Executivo, a fim de garantir o cumprimento do art. 9º da LRF, deve-se retornar às decisões discutidas no tópico 3.3. Em uma interpretação apressada das decisões monocráticas do STF analisadas naquele tópico, poderia se concluir que, havendo o descumprimento do dever de contingenciamento, o Poder Executivo não poderia simplesmente reduzir os duodécimos para valor correspondente à receita efetivamente realizada, e não à receita orçada. Essa interpretação apressada deve ser desconstituída, pelos motivos apresentados a seguir.

Primeiramente, e como mencionado no tópico 3.3, o STJ entende legítimo o repasse dos duodécimos com base na receita efetivamente realizada, como forma de assegurar o

equilíbrio orçamentário determinado pelo art. 1º, § 1º, da LRF. Por se tratar de matéria de índole legal, detalhadamente regulamentada na LRF, seria sua a competência para julgar um eventual repasse de duodécimos a menor. Se inconstitucionalidade houvesse, esta seria meramente reflexa. Tanto é assim que a justificativa para o fato de o MS 34.483/RJ ter sido julgado no STF é sua competência originária, e não a matéria constitucional.

Em segundo lugar, a situação hipotética aqui analisada diverge dos casos julgados pelo STF em decisões monocráticas, na medida em que o Poder Executivo teria seguido o rito previsto no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal para o contingenciamento de despesas. Não obstante, o chefe do órgão dotado de autonomia orçamentária teria descumprido a regra do art. 9º. Portanto, não seria um simples corte de repasses, sem qualquer aviso prévio aos gestores de recursos públicos, mas uma reação ao descumprimento da lei por parte destes gestores.

Em terceiro lugar, o repasse dos duodécimos com base na receita efetivamente realizada diverge da limitação de empenhos prevista no § 3º do art. 9º da LRF, que foi declarado inconstitucional. Segundo esse parágrafo, o Poder Executivo seria “autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Note-se que a ingerência do Poder Executivo sobre os demais Poderes seria muito maior do que na situação hipotética em debate, pois a ele caberia se substituir ao órgão que descumpriu o dever de contingenciamento, definindo quais despesas seriam realizadas, e quais seriam contingenciadas. Havendo a simples redução dos repasses mensais, para assegurar o equilíbrio orçamentário, a ingerência nos demais Poderes é bem reduzida, pois compete ao chefe destes Poderes definir em que áreas ocorreria o corte de despesas.

Portanto, em uma situação extrema, de descumprimento do art. 9º da LRF pelos titulares dos órgãos dotados de autonomia orçamentária, poderia o Poder Executivo reduzir os repasses mensais, proporcionalmente à receita realizada, sem afrontar a orientação do STF na ADI/MC 2.238, segundo a qual o parágrafo 3º daquele artigo é inconstitucional. Idêntica é a orientação de Weder de Oliveira (2013, p. 787), que afirma que, a partir do momento em que o Poder Executivo define o montante a contingenciar, ele já está autorizado a reduzir os repasses financeiros, pois somente assim seria viável o alcance da meta de resultado fiscal.

É provável, contudo, o questionamento judicial desse ato administrativo do Poder Executivo, mas o precedente da medida cautelar no MS 34.483/RJ é indicativo de que os Tribunais Superiores se manifestariam favoravelmente à limitação dos repasses.

Não obstante, em uma postura mais conservadora por parte do Poder Executivo, e diante da declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 9º da LRF na ADI/MC 2.238, a propositura de ação judicial por parte deste, questionando o não cumprimento voluntário do art. 9º pelos demais órgãos dotados de autonomia orçamentária se mostra possível. Mas qual seria a medida judicial cabível?

A violação ao art. 9º, apesar de não ser tipificada dentre os crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H do Código Penal), pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, conforme o art. 73 da LRF, combinado com a Lei 8.429/92. Contudo, como já mencionado, não se identificou nenhum precedente nos Tribunais Superiores que tenha discutido especificamente essa situação.

Ademais, a conduta de “deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei” configura “infração administrativa contra as leis de finanças públicas”, punível com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, de sua responsabilidade pessoal. É o que está estipulado no art. 5º, inciso III, § 1º, da Lei 10.028/2000. Essa infração deve ser processada e julgada pelo Tribunal de Contas ao qual competir a fiscalização da pessoa de direito público envolvida, conforme o § 2º do mesmo artigo.

Tanto a ação de improbidade administrativa, quanto a imposição de multa pelo Tribunal de Contas são medidas que objetivam punir o gestor público pelo mau uso dos recursos, mas essas medidas não têm por escopo assegurar o imediato contingenciamento das despesas. Por consequência, a situação pontual daquele ente da Federação que pretende readequar suas despesas à nova realidade de uma receita realizada inferior à orçada não se resolve através dessas medidas.

Por outro lado, pode ser aventada a possibilidade de impetração de mandado de segurança ou ajuizamento de ação ordinária por omissão do chefe do Poder que não contingenciou as despesas, instrumento esse muito mais célere do que as duas medidas apresentadas acima. A ação buscaria ordem judicial de contingenciamento das despesas, a qual deveria ser cumprida pelo chefe do Poder, sob pena de multa. Também almejaria a autorização para que o Poder Executivo efetuasse repasses financeiros menores, de acordo com os valores a ser contingenciados, seguindo a orientação do MS 34.483/RJ.

Curiosamente, a ingerência dessa medida sobre o orçamento do órgão dotado de autonomia orçamentária é igual ou maior do que a ingerência do Poder Executivo, nos casos em que este repassa os duodécimos proporcionalmente à receita realizada: o chefe do órgão

acaba recebendo menos recursos financeiros, e ainda se vê compelido a cortar as despesas, sob pena de descumprir ordem judicial. Contudo, a ingerência, neste caso, parte do Poder Judiciário, que dá a ordem judicial, e não do Executivo. Retira-se, assim, do Poder Executivo espaço para executar a gestão dos recursos públicos, atribuição que é sua por excelência⁷.

5. Conclusões

Por todo o exposto, é evidente que a questão proposta é complexa, e que há mais de uma alternativa para compatibilizar o princípio do equilíbrio orçamentário com o princípio da independência e autonomia dos Poderes, no caso de necessidade de contingenciamento de despesas.

Em uma situação ideal, o Poder Executivo comunica aos órgãos dotados de autonomia orçamentária a necessidade de contingenciamento, e estes imediatamente cumprem as obrigações estipuladas pelo art. 9º da LRF, em conjunto com a LDO em vigor.

Contudo, essa situação ideal nem sempre ocorre, pois há casos em que o órgão não cumpre as obrigações previstas no art. 9º. Nesses casos, uma medida enérgica deve ser tomada para preservar o equilíbrio orçamentário. Não basta pleitear a futura punição do gestor público, tal como ocorre com o ajuizamento de ação de improbidade ou com a imposição de multa pelo Tribunal de Contas, pois estas medidas não equacionam o desequilíbrio orçamentário.

A solução originalmente dada pela Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 9º, § 3º, parecia compatibilizar bem os princípios do equilíbrio orçamentário e da independência dos Poderes, pois havia a ingerência do Poder Executivo somente em casos de descumprimento da lei pelo outro órgão. Não obstante, acabou sendo declarada inconstitucional pelo STF.

A Emenda Constitucional nº 95/2016, ainda que tenha estabelecido limites individuais, por órgão dotado de autonomia orçamentária, para as despesas primárias, não chegou a resolver a questão do contingenciamento. Um dispositivo constitucional sobre a matéria indiscutivelmente mitigaria a tensão entre equilíbrio orçamentário e autonomia dos Poderes.

⁷ Régis Fernandes de Oliveira, ao debater o § 3º do art. 9º da LRF, traz comentário pertinente sobre esta atribuição do Poder Executivo: “o que a lei está dispondo é sobre a competência do Executivo, que detém o controle do orçamento que, no caso de descumprimento de normas, tal como previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, é que pode ele efetuar a redução” (*apud* CARVALHO, 2007, p. 64).

A solução acolhida pelo STJ, e hoje corroborada pela Segunda Turma do STF, de permitir o repasse dos duodécimos proporcionalmente à receita realizada, se usada exclusivamente nos casos de descumprimento do *caput* do art. 9º da LRF pelos órgãos dotados de autonomia orçamentária, também equilibra bem esses princípios, pois diminui o repasse de recursos, mas permite ao órgão a plena gestão dos recursos reduzidos.

Por fim, a solução que coloca todo o peso do processo decisório ao encargo do Poder Judiciário, com o ajuizamento de ação para garantir o cumprimento do art. 9º, também assegura o equilíbrio dos dois princípios. Ademais, essa certamente é a solução mais segura para o Poder Executivo, pois este divide o ônus político de impor o contingenciamento das despesas com o Poder Judiciário.

Não obstante, essa solução parece ser a menos adequada, pois o Judiciário acaba se substituindo ao Poder Executivo na gestão dos recursos públicos. Ademais, torna o procedimento de contingenciamento de despesas mais demorado, pois acresce a este o tempo necessário para o ajuizamento da ação e obtenção da tutela jurisdicional.

De qualquer forma, parece certo que a questão do contingenciamento de despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária, da forma como vem sendo tratada, está causando um claro desequilíbrio entre os Poderes, na medida em que o único Poder que se vê obrigado a contingenciar as despesas é o Poder Executivo. Não se tem notícias de ordens que determinem o contingenciamento por parte dos demais, que acabam gastando recursos que não chegaram a ser arrecadados.

Bibliografia

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança nº 10.181/SE, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 14-11-2000, DJ 05-02-2001.

_____, Recurso Especial nº 189.146/RN, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 06-08-2002, DJ 23-09-2002.

_____, Recurso Especial nº 318.085, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, decisão monocrática, DJ 25-08-2008b.

_____, Agravo de Instrumento nº 1.160.946/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, decisão monocrática, DJ 06-08-2009.

_____, Agravo em Recurso Especial nº 445.142/RO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, decisão monocrática, DJ 06-12-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade/Medida Cautelar 691, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-4-1992, Plenário, DJ de 19-6-1992.

_____, Ação Direta de Inconstitucionalidade/Medida Cautelar 848, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 18-03-1993, DJ 16-04-1993.

_____, Ação Direta de Inconstitucionalidade/Medida Cautelar 810, Relator(a): Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 10-12-1992, DJ 19-02-1993b.

_____, Ação Originária nº1.079 MC/RO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 16-06-2004.

_____, Ação Direta de Inconstitucionalidade/Medida Cautelar nº 2238, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 09-08-2007, DJe-172, public. 12-09-2008.

_____, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.356, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, DJe-088, public. 12-05-2011.

_____, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 9-2-2011, Plenário, DJE de 18-5-2011b.

_____, Mandado de Segurança/Medida Cautelar 34.483/RJ, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 13-12-2016, DJe-174, public. 08-08-2017.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 74, Mai/ 2007. DTR\2007\345.

CASTELLO, Melissa Guimarães. O Dever de Contingenciamento Estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal: tensão entre o equilíbrio orçamentário e a independência entre os Poderes. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 36, n. 75, p. 29-53, jan-jun/2015.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Adauto; HERZMANN, Nélío. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 7ª ed. SP: Atlas, 2011.

GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as Despesas Orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. *Cadernos Aslegis*, v. 4, n. 11, maio/ago 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 5ª ed. SP: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Weder. *Curso de Responsabilidade Fiscal*. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

PAGANELLA, Carlos Roberto; MACIEL, Heriberto Roos; LIMBERGER, Têmis. Considerações Jurídicas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e Algumas Questões Atinentes ao Ministério Público. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 43, p. 237-294, 2000.

SILVA, Rubens Luiz Murga da. A lei de responsabilidade fiscal e a limitação da despesa na administração pública federal. In *Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 69-78, jul/set. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, 3ª ed. RJ: Renovar, 2008.