



CÂMARA DOS DEPUTADOS
Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira

Nota Técnica
n.º 10/12

**TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS
PARA EXECUÇÃO DE OBRAS E
SERVIÇOS DE ENGENHARIA**

Túlio Cambraia
Coordenação Técnica

Abril/2012

Endereço na Internet: <http://www.camara.gov.br/internet/orcament/principal/>
e-mail: conof@camara.gov.br

1. INTRODUÇÃO

Trata-se da Solicitação de Trabalho nº 223/12, encaminhada pelo Deputado Edinho Araújo, em face do entendimento manifestado por alguns Ministérios, segundo o qual não é possível dar prosseguimento às programações oriundas de emendas parlamentares destinadas a realização de obras e serviços de engenharia por meio da celebração de contrato de repasse, cuja dotação é igual a R\$ 250 mil. Tal raciocínio decorre de descontos que devem ser considerados e do disposto no art. 10 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507, de 24 de novembro de 2011, a saber:

Art. 10. É vedada a celebração de convênios:

I - com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, exceto elaboração de projetos de engenharia, nos quais o valor da transferência da União seja inferior a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais);

(...)

Para tais Pastas, o valor da dotação deve contemplar, também, a importância equivalente aos descontos a fim de que a transferência efetiva da União corresponda ao montante indicado na Portaria.

2. ANÁLISE

Pelas razões expostas ao longo deste expediente, não procede o entendimento externado pelo Poder Executivo.

2.1. Ilegalidade da exigência

Preliminarmente, assinalamos a ilegalidade do dispositivo que estabelece restrições às transferências voluntárias da União. A matéria em questão é norma de finanças públicas e, portanto, deve ser tratada em lei complementar, conforme dispõe o art. 163, I, e 165, § 9º, II, da Constituição Federal. Uma das evidências que comprovam essa afirmação é que o art. 167, X, inserido no Capítulo II, que trata das finanças públicas, estatui a proibição à transferência voluntária de recursos pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionistas, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como lei de responsabilidade fiscal (LRF), define, no art. 25, transferências voluntárias como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. No § 1º desse comando, estabelece algumas exigências e afirma que outras podem ser fixadas na lei de diretrizes orçamentárias (LDO). Também, o art. 4º da lei complementar estatui que a LDO deve dispor sobre demais condições e exigências para transferência de recursos a entidades públicas e privadas.

A Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011, LDO em vigor, cuida das transferências voluntárias, nos limites impostos pela LRF, nos arts. 36 a 43 e 107 e 108. Em nenhum desses dispositivos é tratada a questão do limite mínimo de transferência da União.

Diante disso, não pode o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, com redação dada pelo Decreto nº 7.594, de 31 de outubro de 2011, ampliar o alcance das normas insculpidas na LFR e na LDO, como o fez ao criar nova exigência para a transferência voluntária.

De acordo com a Constituição Federal,

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)

Isso significa que o decreto tem natureza de regulamento. É expedido para disciplinar a fiel aplicação da lei. Dessa forma, deve ser inteiramente subordinado à lei. Por conseguinte, não pode limitá-la nem ampliá-la.

Segundo Pontes de Miranda, se “o regulamento cria direitos ou obrigações, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional”.¹

Para Bandeira de Mello,²

¹ MIRANDA *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, Malheiros Editores, São Paulo: 2004, p. 322.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, Malheiros Editores, São Paulo: 2004. p. 323.

ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação *novos*. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.

Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que *aquele específico* direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que incidentes sobre alguém não estavam estatuídos e *identificados* na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as *condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege*.

É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas.

O Supremo Tribunal Federal entende que se o conteúdo do decreto discrepar do texto legal, a questão é de ilegalidade, conforme está declarado na ADIn 561 MC/DF, nestes termos

Se a interpretação administrativa da lei divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o Decreto impugnado pretendeu regulamentar, quer porque se tenha projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer porque tenha investido *contra legem*, a questão posta em análise caracterizará típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar a utilização do mecanismo processual de fiscalização normativa abstrata.

Portanto, é ilegal a exigência inserida no Decreto nº 6.170/07 por intermédio do Decreto nº 7.594/11 de valor mínimo de transferência da União de R\$ 250 mil para celebração de convênio ou contrato de repasse no caso de obras ou serviços de engenharia.

2.2. Inaplicabilidade da exigência

O art. 84, IV, em harmonia com o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Lei Maior, delimita o poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, ao fixar que ao Presidente da República compete, privativamente,

“sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Isso significa que os atos normativos devem ater-se aos limites da lei para sua fiel execução, pois só a lei autoriza a atuação da Administração Pública. Conforme estabelece o art. 37 da Constituição Federal, 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”.

Bandeira de Mello, ao analisar os referidos comandos constitucionais, ensina que³

consagra-se, em nosso Direito Constitucional, a aplicação plena, cabal, do chamado *princípio da legalidade*, tomado em sua verdadeira e completa extensão. Em consequência, pode-se, com Pontes de Miranda, afirmar: “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei”.

Para Michel Stassinopoulos, “Em um Estado de Direito a Administração encontra-se não apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *extra legem*, mas é obrigada a agir sempre *secundum legem*”.⁴

A Constituição Federal subordinou, integralmente, a atuação da Administração Pública aos limites estabelecidos em lei. De acordo com Bandeira de Mello, fê-lo, dessa maneira,⁵

por advertida contra a tendência do Poder Executivo de sobrepor-se às leis. É que o Executivo, no Brasil, abomina a legalidade e tem o costumeiro hábito de afrontá-la, sem ser nisto coartado, como devido. Daí a insistência constitucional, possivelmente na expectativa de que suas dicções tão claras e repetidas *ad nauseam* encorajem o Judiciário a reprimir os desmandos do Executivo.

Desse modo, o Decreto nº 6.170/07, com redação do Decreto nº 7.594/11, deve ater-se às disposições das leis. Uma vez que estabeleceu exigência não prescrita em lei, ultrapassou os limites legais. Como a Administração Pública

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, Malheiros Editores, São Paulo: 2004, p. 313.

⁴ STASSINOPOULOS apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, Malheiros Editores, São Paulo: 2004, p. 315

deve obediência ao princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Constituição Federal, ela está impossibilitada de aplicar o dispositivo em questão.

2.3. Inadequação de decreto autônomo

Uma vez que a matéria sobre transferência voluntária está na esfera das finanças, e este assunto deve ser tratado por meio de lei complementar, não há que se falar em decreto autônomo. Este diploma foi inserido pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, para que o Presidente da República pudesse dispor, sem interferência do Poder Legislativo sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

De acordo com as lições de Amaral Júnior,⁶

o decreto passou a ser, a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o único instrumento normativo apto a versar sobre atribuições e estruturação **intestinas** dos Ministérios e órgãos da administração pública (“intestinas” pois, em razão do princípio da legalidade, não pode haver, *in casu*, influxo restritivo sobre direitos de particulares). Portanto, as atribuições e a estruturação intestina dos Ministérios e órgãos da administração pública não mais tocam à lei, devendo ser veiculadas em decreto autônomo – vale repetir, espécie normativa primária – desde que não implique aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos (cf. art. 84, VI, **a**, da Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

(...)

Com isso, corrigiu-se distorção do modelo constitucional de 1988, a saber, enquanto os Poderes Legislativo (v.g. incisos VI e VII do art. 49, incisos III e IV do art. 51 e incisos XII e XIII do art. 52, todos da Constituição de 1988) e Judiciário (v.g. alíneas **a** e **b** do inciso I do art. 96 da Constituição de 1988) organizam-se a si próprios, o Poder Executivo só o podia fazer com o concurso do Poder Legislativo, o que não faz sentido nos casos em que não há aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, Malheiros Editores, São Paulo: 2004. pp. 317/318.

Há, ainda, uma última hipótese de decreto autônomo: trata-se da possibilidade de extinção, por decreto, de funções ou cargos públicos – criados por lei – quando vagos (cf. alínea **b** do inciso VI do art. 84 da Constituição de 1988, com redação da Emenda nº 32, de 2001).

Diante disso, o decreto autônomo, editado com fundamento no art. 84, VI, da Constituição Federal, deve dispor sobre questões internas, sobre funcionamento interno do Poder Executivo. Não pode invadir o âmbito das matérias reservadas à lei nem sequer impor obrigações aos administrados em virtude do art. 5º, II, da Carta Política, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

2.4. Obediência à exigência do Decreto nº 6.170

Em que pese a ilegalidade da exigência de valor mínimo de R\$ 250 mil da transferência da União para celebração de convênio ou contrato de repasse, no caso de execução de obras ou serviços de engenharia, também, não se pode afirmar que uma programação, oriunda de emenda parlamentar, que consigne o montante de R\$ 250 mil para execução de obras ou serviços de engenharia, na modalidade de aplicação 30 ou 40 (transferência voluntária para Estados e Municípios, respectivamente), esteja em desconformidade o art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.170/07. Por conseguinte, não há violação ao art. 10, I, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/11, que regulamenta o decreto e possui a mesma redação deste.

A remuneração dos serviços prestados pelo mandatário da União, como demonstrado adiante, corre à conta do orçamento do órgão por meio do qual a União celebrou o contrato de repasse, cujos recursos podem ser alocados em categoria de programação diversa e processam-se na modalidade de aplicação 90 (aplicação direta).

Tendo em vista que as despesas administrativas não oneram o convênio ou o contrato de repasse; o parlamentar, ao propor uma emenda ao projeto de lei orçamentária, cuja execução do programa de trabalho se dará por meio de transferência voluntária da União para Estados ou Municípios, tem a preocupação de observar as exigências legais e assegurar que os recursos alocados, somados à

⁶ JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. Decreto Autônomo – Questões Polêmicas. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (org.). Direito Regulatório – Temas Polêmicos. 2ª ed. Fórum. Belo Horizonte: 2004. pp. 531/532.

contrapartida, sejam suficientes para a realização do objeto desejado. As despesas administrativas não são consideradas, uma vez que são de responsabilidade dos órgãos por intermédio dos quais a União celebra o convênio. Vale dizer que, no caso de contrato de repasse, o valor da remuneração do agente financeiro depende de diversas variáveis, como, por exemplo, período de duração da obra, a sua complexidade, a instituição a ser contratada, que pode ser até mesmo entidade privada se o agente financeiro não detiver capacidade técnica necessária ao regular acompanhamento da aplicação dos recursos transferidos.⁷ Muitas dessas variáveis escapam à avaliação de uma pessoa de inteligência mediana, pois depende de negociações e da discricionariedade do gestor.

2.5. As despesas administrativas são de responsabilidade do órgão por meio do qual a União celebrou o convênio ou o contrato de repasse

De acordo com o art. 5º, II, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/11, cabe ao concedente a adoção de providências para assegurar a regular celebração do convênio ou instrumento congêneres, o acompanhamento da sua execução, o ateste da realização do objeto e a análise e aprovação da prestação de contas. No entanto, no § 1º desse dispositivo consta que o concedente (União) pode delegar essas atribuições a uma instituição financeira por meio da celebração de contrato de prestação de serviços (CPS). Esse contrato regula a prestação de serviços realizados pela mandatária da União a favor do concedente, que deve conter as atribuições delegadas, as limitações do mandato e a forma de remuneração pelos serviços.

Tal circunstância é uma exigência excepcional para execução de programa de trabalho que objetive a realização de obra ou serviço de engenharia, que só ocorre nos casos em que o concedente não dispuser de estrutura para acompanhar execução do convênio, conforme dispõe o art. 8º do Decreto nº 6.170/07. Em outras palavras, a Administração Pública tem a faculdade de recorrer ao agente financeiro, caso não deseje ampliar sua estrutura, e, assim, desincumbir-se das obrigações de fiscalização e execução do convênio.

Esse procedimento onera a União em função dos serviços prestados que devem ser remunerados ao agente financeiro, fixados no CPS. Porém, a União

⁷ Parágrafo único do art. 8º do Decreto nº 6.170/07.

incorre nessas mesmas despesas ao celebrar o convênio por meio de algum órgão aparelhado para realizar as funções de acompanhamento e execução do referido instrumento, tendo vista as despesas necessárias à manutenção da estrutura.

As despesas em questão correm à conta do orçamento do órgão por meio do qual a União tenha celebrado o convênio ou contrato de repasse. A diferença entre eles é que no convênio, que não tem a figura do interveniente, os recursos já são alocados em dotações próprias destinadas à manutenção do órgão. No contrato de repasse, os recursos devem constar em categoria de programação específica ou correr à conta das dotações destinadas às respectivas transferências, em conformidade com o estatuído no § 1º do art. 107 da Lei nº 12.465/11.

Ambas as situações não provocam elevação do valor global do convênio ou contrato de repasse, representado pelo total do valor da transferência da União e da contrapartida dos demais entes públicos. Não é demais dizer que, na execução do convênio ou do contrato de repasse, não podem ocorrer despesas estranhas à obtenção do objeto, conforme estabelece o art. 25, § 2º, da LRF. Nesse sentido, o art. 52, I, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/11, proíbe despesas referentes à taxa de administração, de gerência ou similar.

Embora apenas o termo “convênio” tenha sido utilizado no citado dispositivo, ele abrange, também, o contrato de repasse, uma vez que este é uma espécie do gênero daquele. No contrato de repasse, em razão da falta de estrutura para o exercício das funções de acompanhamento e fiscalização do convênio, a instituição ou agente financeiro por intermédio do qual a transferência de recursos se processa atua como mandatário da União para cumprimento daquelas atribuições. No entanto, os envolvidos, denominados partícipes, possuem interesses recíprocos, em regime de cooperação mútua, com vistas à realização de algum objeto.

A fim de espancar qualquer dúvida acerca da matéria, o Manual de Orientações Técnicas aos Municípios, elaborado pela Caixa Econômica Federal e que cuida do disciplinamento dos contratos de repasse, possui a mesma redação da portaria, no entanto, com o vocábulo “contrato” em vez de “convênio”.

Desse modo, as despesas com a contratação dos serviços do agente financeiro são de responsabilidade do órgão por meio do qual a União celebrou o contrato de repasse; não oneram o contrato de repasse; e, corresponde a um pagamento pelos serviços prestados pelo agente financeiro, processado na

modalidade de aplicação 90.

3. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, não procede o entendimento que o Poder Executivo tem manifestado acerca da impossibilidade, no caso de obras ou serviços de engenharia, de execução das programações oriundas de emendas parlamentares que devem processar-se por meio de celebração de convênio ou contrato de repasse.

A exigência de transferência mínima da União, no valor de R\$ 250 mil, para celebração de convênio ou contrato de repasse é ilegal. Por conseguinte, não pode ser aplicada, em face do princípio da legalidade que deve ser observada pela Administração Pública e seus agentes. O Decreto nº 6.170/07, com redação do art. 7.594/11, que deveria se subordinar inteiramente à lei, nos termos do art. 84, IV, da Constituição Federal, estabeleceu exigência estranha aos diplomas legais que regem a matéria referente às transferências voluntárias.

Além disso, não se pode dizer que há inobservância do disposto no art. 2º, § 1º, do Decreto nº 6.170/07, cuja redação é repetida no art. 10, I, da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/11, no caso de execução de obras ou serviços de engenharia, desde que a dotação não seja inferior a R\$ 250 mil e a modalidade de aplicação seja 30 ou 40. As despesas com os serviços prestados pelo mandatário da União correm à conta do orçamento do órgão por meio do qual a União celebrou o contrato de repasse e não podem onerá-lo, de acordo com o disposto no art. 25, § 2º, da Lei Complementar nº 101, de 2000, regulamentado pelo art. 52 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/11.

Brasília, 16 de abril de 2012.

Túlio Cambraia
Consultor de Orçamentos e Fiscalização Financeira