

**Congresso Nacional
Novembro/2018**

Nota Técnica Conjunta Nº05, de 2018

Subsídios à apreciação do Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 46/2018-CN (PLN 46-2018).



**Consultoria de Orçamento e Fiscalização
Financeira – Câmara dos Deputados**

**Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e
Controle – Senado Federal**

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seus autores, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou de parlamentares, nem da Comissão Mista. Foi elaborado a partir de contribuições de Consultores de Orçamento das Consultorias. Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido total ou parcialmente, citados os Autores.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. APRESENTAÇÃO DOS ACÓRDÃOS 1618/2018 E 1870/2018 - TCU – PLENÁRIO	3
3. ASPECTOS INTRÍNSECOS DAS DECISÕES	14
3.1. Ativismo judicial ou judicialização da política?	14
3.2. Fundamentos jurídicos – a multiplicação do “mínimo existencial”	18
3.3. Considerações de mérito – porque um e não outro?	22
3.4. Considerações de mérito – o desenho de regras fiscais	25
4. O PLN 46/2018	29
4.1. Conteúdo e justificação da proposição	29
4.2. Discussão de juridicidade e mérito	32



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

1. INTRODUÇÃO

Por meio da Solicitação de Trabalho 1312/2018, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização solicita Nota Técnica Conjunta acerca das disposições do PLN 46/2018, levando-se em consideração as interpretações havidas nos Acórdãos 1618/2018 e 1870/2018 do Plenário do TCU, bem como da Nota n. 02161/2018/GCG/CGJOE/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 4 de outubro de 2018, à luz dos mandamentos da EC nº 95/2016.

Inicialmente, apresentamos a discussão em torno das inovações trazidas pelos mencionados Acórdãos à implementação da regra fiscal do teto de gastos contida na EC nº 95/2016. Em seguida, passamos à avaliação da proposição mencionada sob a perspectiva suscitada pelo debate inicial.

2. APRESENTAÇÃO DOS ACÓRDÃOS 1618/2018 E 1870/2018 - TCU – PLENÁRIO

A primeira decisão sob exame é o Acórdão 1618/2018 – TCU/Plenário (BRASIL, 2018), que traz resposta a consulta formulada pelo Ministério Público da União – MPU acerca da possibilidade de que:

- a) o custeio para a realização de concurso público ocorra integralmente por meio de recolhimento das taxas de inscrição pagas pelos candidatos ao concurso, sem necessidade de previsão no orçamento do ente público (ao contrário de posição anteriormente adotada pelo TCU por meio do seu Acórdão 831/2013-Plenário);
- b) sejam aproveitados pelos órgãos públicos os candidatos aprovados em concursos promovidos por outros órgãos, ainda que ausente previsão no edital nesse sentido, desde que observada a correlação das atribuições dos cargos e requisitos para investidura.

Em relação ao segundo ponto, que não é objeto desta discussão e não foi impugnado por recurso posterior, o Tribunal confirmou a tese que já sustentara em arestos anteriores de que o aproveitamento de concursados por outros órgãos depende, além dos requisitos apontados pelo consulente e já estabelecidos na Decisão Normativa TCU 212/1998 e no Acórdão TCU 569/2006-



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Plenário, também de previsão editalícia no concurso respectivo, sem a qual fere-se os princípios da vinculação ao edital, da isonomia entre os candidatos e da publicidade do concurso, princípios constitucionais reconhecidos por ampla jurisprudência administrativa e judicial como indissociáveis do caso concreto¹. O tratamento do primeiro quesito da consulta envolveu maior polêmica, aqui brevemente apresentada.

Em defesa da posição inicial, o órgão consultante alega que a fixação de teto para a execução financeira do exercício por parte da Emenda Constitucional 95/2016, vinculado estritamente aos valores da execução do ano anterior corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo-IPCA, faria com que a inserção de despesas com concursos públicos no orçamento do MPU exigiria a correspondente redução de outras despesas de modo a não ultrapassar o teto do órgão. Caso não seja possível tal compressão para realização de um concurso no exercício corrente, nem se possa aproveitar candidatos de outros concursos, restaria inviabilizada a reposição de cargos vagos no seu quadro de pessoal – ação esta que, no exercício em questão, está autorizada pela lei orçamentária anual por representar reposição de vacâncias sem aumento de despesa, enquanto que em exercícios posteriores já não poderá mais ser efetivada pois estar-se-ia preenchendo posições que restariam vagas desde o começo do exercício, configurando aumento de despesa.

Essa impossibilidade de manutenção do número de cargos providos, por fim, tem por efeito ineficiência no cumprimento da missão institucional e impactos negativos indevidos sobre os servidores e administradores do órgão assim prejudicado pela falta de pessoal cada vez mais aguda. Do ponto de vista de técnica orçamentária, alega o MPU que a transparência nos gastos eventualmente realizados com os recursos de taxas de inscrição sem a contabilização no orçamento de despesa continuaria assegurada pelos controles administrativo e externo; além disso, pela sazonalidade da despesa de realização de concurso, este poderá ocasionar, nos exercícios em que for feito, transtorno na programação e na execução orçamentária e financeira, ante a impossibilidade de replicação integral, ao próximo exercício, dos gastos do exercício

¹ Tal posicionamento foi uniforme nas manifestações da Unidade Técnica, do Ministério Público, do Ministro-Relator e do Plenário.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

anterior². Para o exercício de 2018, em particular, descreve detalhadamente a situação de grande dificuldade na operacionalização de um novo concurso e de alta rotatividade de pessoal, a qual impõe grande número de provimentos a cada ano simplesmente para manter o quadro de pessoal em função de vacâncias ocorridas. Conclui que, na prática, as regras em debate significam a impossibilidade do MPU realizar concursos para as suas carreiras técnicas e administrativas, a despeito de uma vigorosa política de redução de despesas e maximização da produtividade em todos os setores da instituição.

Como solução a esse dilema imediato, pleiteia uma “flexibilização” no entendimento do TCU a fim de que as despesas com concursos públicos financiadas pelo recolhimento das taxas de inscrição não sejam inscritas no orçamento, deixando assim de impactar a despesa primária do órgão para fim de apuração do limite de gastos da EC 95/2016.

A Unidade Técnica do Tribunal sustenta a impossibilidade de flexibilização do entendimento já assentado pelo TCU de que os recursos de taxa de inscrição de concursos públicos, bem como as despesas correspondentes devem ser integralmente registradas no Orçamento da União. Tal posição (consolidada em caráter normativo pelo citado Acórdão 831/2013-Plenário) decorre da abrangência necessariamente total dos princípios orçamentários (no caso particular, os da publicidade, universalidade e orçamento bruto³) em relação a toda a Administração Pública, não apenas pelo seu intrínseco valor jurídico⁴ mas também pelo risco colocado pela heterogeneidade das condições de governança dos diferentes entes públicos, que faz com que seja duvidoso que qualquer outro sistema de controle da publicidade e transparência de execuções extraorçamentárias assegure o seu cumprimento efetivo.

Do ponto de vista econômico-gerencial, a compressão dos gastos descrita pelo consulente em função da realização de concursos coaduna-se com o espírito de busca de eficiência e produtividade trazido pela Emenda Constitucional 95/2016, que se destina exatamente a enfrentar

² A esse respeito, destaca que a própria Emenda Constitucional 95/2016 não veda a reposição de vacâncias de cargos efetivos e vitalícios, nem mesmo quando os órgãos estejam acima do limite de gasto por ela fixados (art. 109, inc. IV, do ADCT)

³ Este último princípio é também conhecido doutrinariamente como “princípio do registro pelos valores totais”.

⁴ Nos termos da argumentação do item 14 do Voto condutor do citado Acórdão: “[..] o sistema jurídico brasileiro não comporta a realização de receita e execução de despesa por parte da Administração Pública à margem do orçamento oficial”.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

uma situação de insustentabilidade das contas fiscais; com efeito, o órgão que assim proceder conseguirá manter seus objetivos de desenvolvimento do quadro de pessoal.

Já o Ministério Público junto ao TCU inicia sua manifestação sugerindo que as dificuldades relatadas pelo MPU não seriam exceção na Administração Pública; no mérito, afirma que acolhe as conclusões da Unidade Técnica, mas acresce “considerações substanciais” quanto à realização de concursos públicos e a forma de cômputo das correspondentes despesas no limite de gastos anual, “de forma a viabilizar a realização de concursos públicos sem descaracterizar o Novo Regime Fiscal e as normas de direito financeiro”. Reitera permanecer inquestionável a necessidade de registro, no orçamento público, das receitas decorrentes da arrecadação de taxa de inscrição e também das despesas necessárias à concretização do concurso, por força dos princípios da universalidade e do orçamento bruto reiterados nas mais diversas circunstâncias pela doutrina e pela jurisprudência da Corte, o que é acentuado ainda mais pela própria entrada em vigor do regime da EC 95/2016.

Por outro lado, lembra o *Parquet* de Contas que trabalhos anteriores do próprio TCU já haviam apontado que a dinâmica de crescimento vegetativo das despesas obrigatórias tende a fazer com que em poucos anos vários órgãos da Administração Federal corram sério risco de perder sua capacidade operacional, pelo fato de terem que reagir a esse crescimento reduzindo de tal modo as despesas discricionárias que estas não sejam suficientes para manter um grau mínimo de condições materiais para a operação cotidiana das organizações. Entende ser esse grau mínimo de condições operacionais um “mínimo existencial” que pode e deve ser conciliado com a disciplina imposta pela EC 95/2016 e com os princípios orçamentários.

Alega que a circunstância da Emenda permitir expressamente a reposição de cargos sem impacto econômico-financeiro reconhecendo ser esse um componente do mínimo existencial acima citado; se conjugado com o caráter auto-sustentado do concurso em termos financeiros (visto serem seus custos cobertos total ou majoritariamente pela própria taxa de inscrição dos candidatos), isso significaria que “não foi intenção do constituinte derivado cercear a realização de concursos públicos na proporção e medida em que não tiverem impacto fiscal, isto é, na parcela que puder ser custeada por sua própria arrecadação”; por tal motivo, “somente a parcela não suportada pelas próprias inscrições é que resta submetida às limitações impostas pelo teto de



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

gasto de cada órgão, sem embargo de que a integralidade da receita e da despesa constem da peça orçamentária”.

Para tanto, “até mesmo a restrição à edição de créditos suplementares ou especiais deve ser superada, desde que contenha dotação para a realização de concurso suportada pela previsão de receita do próprio certame, condicionada a livre realização dessa despesa adicional à efetiva arrecadação da receita prevista”. Reitera que a excepcionalidade aberta pela Emenda à reposição de cargos vagos sem impacto orçamentário-financeiro indica que a efetividade dessa norma inclui a “preservação da capacidade operacional da Administração Pública”, e não faria sentido que essa preservação assim consagrada fosse inviabilizada por outras regras operacionais da mesma Emenda Constitucional. Conclui, por fim, em defesa da resposta ao MPU no sentido de que, em relação aos concursos públicos, está sujeito ao limite de gastos previsto para cada órgão apenas a parcela de despesa que exceder a arrecadação das taxas de inscrição proporcionada pelo próprio concurso (sendo possível até mesmo, em caso de reposição de servidores sem impacto fiscal, a edição de créditos adicionais com dotação para realização de despesas relativas a concurso público lastreadas exclusivamente na arrecadação gerada pelo próprio certame); em qualquer caso, todas as despesas e receitas devem ser integralmente registradas no orçamento do órgão, não sendo de acolher-se os argumentos do MPU em contrário.

O Ministro-Relator posiciona-se inicialmente, em seu Voto, por que as profundas mudanças trazidas pela EC 95/2016, em busca de eficiência e economia, não têm em seu cerne o objetivo de inviabilizar a máquina pública. Neste sentido, a obrigatória previsão no orçamento do valor integral das receitas e despesas do concurso não é afastada pelos termos da nova regra – ao contrário, os objetivos da EC 95/2016 não são somente compatíveis com, mas são indissociáveis da mais absoluta transparência e integralidade das informações orçamentárias, para as quais a universalidade e o orçamento bruto são critérios essenciais e inafastáveis. Concorda, porém, com o Ministério Público de Contas no tratamento do caso específico do concurso público, a partir da premissa de que:

[...] a reposição de cargos sem impacto orçamentário-financeiro mesmo para os órgãos que estejam gastando acima de seu limite, demonstra que a necessidade de enquadramento do órgão ao regramento dado não desconsidera sua necessidade de manter um núcleo mínimo capaz de oferecer o serviço público a qual se destina,



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Deduz, ainda, que:

[...] não me parece razoável e nem aderente ao espírito da referida norma constitucional [...] sustentar que as despesas referentes à realização dos concursos públicos que se destinam a suprir carência de recurso humano capaz de mitigar ou interromper o funcionamento do órgão nos casos em que houver haver vagas não onerosas, mesmo quando integralmente cobertas pelas receitas decorrentes das taxas de inscrição, devam estar submetidas as limitações impostas pelo teto de gasto de cada órgão.

Por conseguinte, sustenta a linha esposada pelo *Parquet* no sentido de não deverem ser computadas tais despesas no teto de gastos do órgão, senão no que excederem as receitas decorrentes diretamente das taxas de inscrição do concurso respectivo. Endossa também que ficaria superada a restrição à edição de créditos suplementares ou especiais, contida na EC 95/2016, nos casos em que a dotação para a realização de concurso para o provimento de cargos públicos decorrentes de vagas não onerosas seja suportada pela previsão de receita do próprio certame (condicionada a livre realização dessa despesa adicional à efetiva arrecadação da receita prevista). Ressalva, por fim, o caráter idiossincrático ou excepcional da posição adotada na resposta:

Anoto que a construção hermenêutica realizada para este item da consulta, que harmoniza o espírito da nova norma constitucional, no sentido de controlar os gastos públicos com a necessidade de se manter um núcleo mínimo de recurso humano capaz de entregar o serviço público ao qual se destina não se aplica a outras situações que seriam aparentemente similares, como nos casos em que outras despesas sejam eventualmente suportadas em razão de arrecadação de receitas por meio de taxas ou de outras formas previstas em lei.

Assim, o Acórdão 1618/2018 aprovado pelo Plenário responde ao consulente, no tema que aqui se examina:

9.2.1. permanece válido, na íntegra, mesmo sob a égide da Emenda Constitucional 95/2016, o entendimento no sentido de que as receitas decorrentes da arrecadação de taxa de inscrição em concurso público promovido por órgão estatal, e também as despesas necessárias à sua concretização, devem ser integralmente registradas no Orçamento da União em deferência aos princípios da universalidade, do orçamento bruto e da transparência na gestão fiscal;



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

9.2.4. na verificação da observância do limite anual de gastos previsto na Emenda Constitucional 95/2016, as despesas com a realização de concursos para o provimento de cargos públicos decorrentes de vagas não onerosas devem ser computadas apenas na parcela que exceder a arrecadação com as respectivas taxas de inscrição;

9.2.5. é possível editar créditos suplementares ou especiais para fazer frente às despesas com a realização de concursos para o provimento de cargos públicos decorrentes de vagas não onerosas, lastreados na arrecadação das taxas de inscrição, que somente poderão ser executados na medida da efetiva arrecadação da receita que lhe confere lastro;

9.2.6. as disposições contidas nos subitens 9.2.4 e 9.2.5 deste acórdão se aplicam somente para as despesas necessárias à realização de concursos públicos para o provimento de cargos efetivos, não se aplicando a situações em que outras despesas sejam eventualmente suportadas por taxas ou outras formas de arrecadação previstas em lei;

Publicado o Acórdão, o Ministério da Fazenda e o Ministério do Planejamento Desenvolvimento e Gestão, por intermédio da Advocacia Geral da União, interpuseram recurso alegando, em síntese, que:

- a) em termos estritamente processuais, a avaliação da questão pelo TCU extrapolou o objeto da consulta, por não ser suscitada pelo consulente a hipótese de exclusão do teto de gastos, do que resultaria prejuízo jurídico à resposta por ser o Ministério Público junto ao TCU, como proponente da tese, parte ilegítima para instauração de processo de consulta, além de não ter sido esta mesma tese objeto de análise da Unidade Técnica, contrariamente à Lei Orgânica da Corte;
- b) o Acórdão omite qualquer menção às considerações trazidas pelos Ministérios recorrentes, contrárias à exclusão de tais despesas do teto de gastos, a partir dos seguintes fundamentos⁵: a Emenda Constitucional 95/2016 não faz qualquer discriminação quanto à espécie de receita que financia o gasto primário, nem nada há em seu texto que permita incluir ou excluir despesas do limite de gasto em função do tipo de receita que a financia;

⁵ São também trazidos no recurso considerações específicas sobre a situação do órgão consulente em relação ao respectivo teto de gastos e às suas possibilidades concretas de nomeação de concursados, que não são reproduzidas nem discutidas por não afetarem as questões gerais abordadas no presente estudo.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

- c) na fixação de limites individualizados para aplicação da EC 95/2016, não se pode efetuar, à guisa de interpretação, quaisquer inclusões ou exclusões no rol de despesas consideradas sem que se tenha como pressuposto o respectivo conceito de despesas primárias (sem o que se incorreria em flagrante desobediência ao comando constitucional); esse mesmo conceito não pode ter duas acepções diferentes, uma para cálculo do limite, outra para aferição do limite, e de qualquer modo a metodologia de apuração das despesas primárias é prerrogativa do Senado Federal⁶ e, na sua omissão até agora, do Banco Central; qualquer categoria de despesa a ser excluída ou incluída nos limites individuais tem de sê-lo a partir da base de cálculo (a despesa primária paga no exercício de 2016); por conseguinte, qualquer inclusão ou exclusão de categoria de despesa do rol daquelas a serem computadas para efeito de aferição do cumprimento dos limites forçará o mesmo movimento em relação ao cômputo da despesa primária paga no exercício de 2016 como base de cálculo (o que geraria inclusive a necessidade de recálculo retroativo de todos os limites e respectivo cumprimento, com a possibilidade de constatar *ex post* um desenquadramento de algum órgão em função da exclusão das despesas de concurso da base de cálculo em 2016);
- d) como resultado dos dois pontos anteriores, sendo único o conceito de despesas primárias, qualquer modificação desse conceito implícita em alguma inclusão ou exclusão de categoria de despesa do limite de gastos tornará inconstitucional toda a elaboração e execução orçamentária até agora levada a efeito, por não se coadunar com as novas definições adotadas; ao contrário, defendem os Ministérios, ao sancionar os valores das leis de orçamentárias de 2017 e 2018, bem como outros dispositivos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, o Congresso Nacional terá também implicitamente sancionado o conceito de despesas primárias nelas contido, o que não poderia ser alterado *a posteriori* pelo Tribunal;
- e) as exceções ao limite de gastos estão expressamente elencadas no texto constitucional, de forma exaustiva, não sendo possível acrescentar-lhes outros casos

⁶ O art. 30, § 12, inciso IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que, nos termos do art. 52, inciso VI, da Constituição Federal, compete ao Senado Federal, por meio de Resolução, estabelecer a "metodologia de apuração dos resultados primário e nominal". Tal resolução, até o momento, não foi aprovada.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

por via de interpretação; no caso particular de despesas sazonais ou atípicas, o constituinte derivado somente excepcionou, em rol exaustivo, as relativas a eleições e capitalização de empresas estatais (as quais teriam valores muito mais altos e não poderiam, ao contrário dos concursos públicos, ser absorvidos na programação anual de despesas);

- f) as isenções às vedações impostas pelo art. 109 para o caso de desenquadramento no limite de gastos são medidas de reação ex post, que não teriam porque serem consideradas integrantes do critério de verificação da extrapolação do limite;
- g) do ponto de vista econômico, os incentivos provocados pela isenção estabelecida pelo TCU seriam contraditórios: por um lado, podem favorecer a elevação da receita própria por cobrança de serviços, melhorando a situação fiscal do Estado; por outro, podem incentivar a realização de despesas financiáveis com receitas próprias, o que anularia o mencionado ganho (além de permitir a “contabilidade criativa” do conceito de receita própria, como a “venda de serviços “ de um órgão público a outro, com o fim de driblar as restrições do teto de gastos); de qualquer modo, qualquer inovação dessa natureza somente poderia ser positivada por meio de nova emenda constitucional;
- h) do ponto de vista agregado, a exceção inicial aberta pelo TCU pode levar a propostas análogas – por meio de ações judiciais ou mesmo administrativas - para qualquer outro tipo de despesa financiada com fontes vinculadas (em especial as previdenciárias), mesmo que nela se declare seu caráter excepcional; afinal, se a lógica de abrir exceções vale para a receita de taxas de inscrição, porque não valeria para receitas que tenham diferentes graus de similaridade com elas: tal possibilidade de interpretações ampliativas tende a conduzir à inocuidade dos dispositivos da Emenda para o controle da despesa primária, com efeito sistêmico elevadíssimo;
- i) a excepcionalização das despesas com concursos em função da existência de receita garantida contraria a lógica mais profunda da EC 95/2016, que é justamente desvincular as trajetórias de receita e despesa e intervir direta e especificamente na contenção nominal da despesa;



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

- j) administrativamente, se houver mérito extraordinário na despesa com concursos, será possível encontrar outra menos meritória que deixará de ser executada para dar espaço à que seja mais importante (especialmente no caso concreto que corresponde a meros 0,15 % do orçamento do órgão consulente); além disso, todos os demais órgãos públicos têm carências e pleitos de mérito tão ou mais elevado que o presente, não sendo possível ao Estado arcar com todos ao mesmo tempo;
- k) por conseguinte, a obrigatória consideração dos aspectos práticos da decisão, obrigatória nos termos da recentíssima inclusão do art. 20 ao Decreto-Lei nº 4.657/42⁷, não pode restringir-se aos problemas acarretados ao órgão consulente, mas aos impactos sistêmicos em toda a Administração Federal, que podem estender-se – no limite – à exclusão de até 72% do teto de gastos atual, dado o grande volume de vinculações que há no orçamento (tornando assim letra morta o dispositivo constitucional, a exemplo do que ocorre com a emenda do teto remuneratório dos servidores, tornada inócua ante o grande número de exceções que foram permitidas à regra por força das mais criativas interpretações).

Pedem, por fim, os órgãos do Executivo que sejam tornados sem efeito os itens 9.2.4. a 9.2.6 do Acórdão recorrido, ou seja, sejam afastadas as manifestações destinadas a permitir a excepcionalização de quaisquer das regras da EC 95/2016 em relação às despesas de concursos públicos financiadas com as respectivas taxas.

A resposta ao recurso, formulada pelo Acórdão TCU 1870/2018 – Plenário (BRASIL, 2018b), contesta no Voto condutor a plausibilidade das expectativas apresentadas pelos Ministérios, por serem apenas uma possibilidade que pode ou não ocorrer. Processualmente, afirma que não houve extrapolação da consulta, por considerar que a manifestação do Ministério Público junto ao TCU apenas desenvolveu aspectos da solução pertinente ao caso apresentado à Corte, ou seja, a questão do registro orçamentário das despesas com concursos públicos diante das circunstâncias específicas trazidas ao consulente com o advento da EC 95/2016.

⁷ *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.* (dispositivo incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Contesta a possibilidade de interpretações ampliativas da posição adotada, pois esta se baseou nos aspectos específicos do caso apresentado, não levou à rediscussão de conceitos como receita e despesa e não faz qualquer referência a qualquer outra situação que não envolva despesas de concursos públicos (além do que a possibilidade de ações judiciais ou reinterpretções administrativas não depende da existência prévia de qualquer posicionamento do TCU).

No mérito, repete o argumento de que a eficiência preconizada pelo regime da EC 95/2016 não se coaduna com a inviabilização da máquina pública; a busca de eficiência tem por cerne a ação do gestor público sobre os gastos ordinários que estão sob seu controle, o que não ocorreria com os gastos de concurso (pois só nasce quando há cargos vagos com orçamento disponível para a contratação de pessoal, e imporia cancelamentos de “despesas que poderiam ser relevantes”). Ademais, a tendência futura é de redução da própria realização de concursos, dado que a despesa de pessoal também terá de se inserir no teto de gastos e a simples reposição de aposentadorias não poderá ser assegurada dado que o gasto com pessoal inclui tanto ativos quanto inativos no mesmo órgão:

Nesse contexto, não me parece razoável que um órgão, por exemplo, contrate um número menor de servidores do que seu orçamento atual permite para financiar a realização do concurso por meio da redução de “despesas que teria com os servidores que deixou de contratar”. Também entendo não ser aceitável que, para realizar o certame com vistas a recompor a força de trabalho (recomposição que, conforme já mencionado, será mitigada naturalmente em decorrência do novo regime fiscal) o gestor seja compelido a escolher, nesse momento, despesas que deixará de realizar para viabilizar a “realização do concurso”. Vale mencionar que os gestores já terão que fazer escolhas difíceis (entre suas principais prioridades) com vistas a compatibilizar seu orçamento com uma gestão pública eficiente. Além disso, pode haver casos em que o gestor não tenha como escolher, já que, a depender da situação orçamentária, ele não terá como cancelar outras despesas para financiar a realização de um certame público com vistas ao provimento de cargos efetivos.

Prossegue o Relator questionando a premissa do pequeno impacto da despesa com concursos no limite dos órgãos: com a previsível redução dos concursos, o número de candidatos aos que ainda persistirem tende a ser maior; sendo esse número o principal determinante do custo



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

do concurso, é possível que uma grande demanda de candidatos implique em despesas muito mais significativas do que originalmente estimado, impactando de forma imprevista as despesas orçadas do órgão promotor.

Quanto à alegada necessidade de recálculo das bases, é refutada já que a posição adotada “como interpretação, deve produzir efeitos para o futuro”, mantendo-se a base de cálculo rigorosamente a mesma calculada em 2016. Acrescenta não considerar justo que a compressão das despesas primárias ocasionada pela contabilização no teto dos gastos financiados por taxas de concurso leve a que tais receitas pagas pelos candidatos terminem financiando o resultado primário da União, como “uma espécie nova de ‘tributo’” que seria, ademais, irrisória diante das metas fiscais. Enfatiza, por fim, que a resposta do TCU “harmoniza o texto da EC 95/2016, no sentido de controlar os gastos públicos, com a necessidade de se manter um núcleo mínimo de recurso humano capaz de entregar o serviço público ao qual se destina.”

Com tais considerações, o citado Acórdão 1870/2018 rejeitou o recurso no mérito, mantendo integralmente a decisão original.

3. ASPECTOS INTRÍNSECOS DAS DECISÕES

Nesta seção, analisaremos as decisões em comento em sua lógica intrínseca, para em seguida discutir os seus desdobramentos frente à realidade econômica.

3.1. Ativismo judicial ou judicialização da política?

Uma primeira constatação objetiva é a de que o conjunto de decisões do TCU cria uma nova hipótese de exclusão de despesas do teto de gastos da EC 95/2016, a qual não estava prevista no rol exaustivo expresso constante da mencionada Emenda Constitucional. Não se trata de colmatação de lacunas, descoberta de contradições ou desenvolvimento lógico dos textos positivados, nem sequer da superação da ausência de regras específicas para o caso concreto, todas hipóteses que permitem e exigem a criação pretoriana das normas – cria-se, *ex novo*, e a partir de argumentos de mérito, uma nova regra para uma situação exaustivamente regradada.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Noutra interpretação, ainda que se argumente que a decisão da Corte de Contas, não inaugura nova hipótese de exclusão de despesa (o que nos parece deveras evidente), há que se reconhecer, minimamente, a inovação no método de cálculo do resultado primário para fins de apuração dos limites constitucionais: é que, a prosperar a hermenêutica inaugurada pelo mencionado *decisum*, as despesas “auto-financeáveis” com realização de concursos públicos não seriam computadas no referido cálculo, aí residindo problema de semelhante envergadura.

Com efeito, novamente estar-se-ia modificando regramento sancionado pelo Congresso Nacional – no caso, o conjunto de despesas que devem compor a apuração do resultado primário do ente, que recebeu a chancela do Poder Legislativo no momento em que aprovada a Lei Orçamentária Anual: esta última, obediente à necessidade de mostrar-se compatível com a meta de resultado fixada em Diretrizes Orçamentárias, abarcou o conjunto de despesas primárias pertinentes à aferição do montante em comento, incluindo aquelas relativas à contratação de terceiros para realização de concursos públicos.

Sob um ou outro prisma, portanto, tratar-se-ia de invasão da esfera de competências privativas do Congresso Nacional, estabelecendo-se, a rigor, um “*Novíssimo Regime Fiscal*” pela via puramente interpretativa.

A uma primeira leitura, isto poderia suscitar a avaliação de uma medida *ultra vires* em sentido geral: a doutrina tem defendido a máxima abrangência possível para o controle realizado pela entidade de fiscalização superior (BITTENCOURT, 2009, pp. 10-13); todavia, mesmo com esta premissa, não se estaria diante de critérios jurídicos, técnicos ou gerenciais para embasar a deliberação, mas simplesmente os de estrita conveniência da medida, ou de melhor correspondência da exceção aberta com o interesse público (em contraposição à avaliação legislativa plasmada no texto da Emenda Constitucional em comento). Criar normas de efeito abstrato (ainda que na forma de precedentes) sob tal critério, portanto, não estaria inserido na esfera competencial e no papel constitucional da entidade de controle, sendo reservado pelo desenho de Poderes da Carta Magna ao Poder Legislativo. Neste sentido, estaríamos diante de uma instância de ativismo judicial, ou seja,

[..] postura expansiva do juiz que, por meio da função jurisdicional e em desrespeito ao princípio da separação de poderes, amplia os limites de sua própria competência [...] e /ou alarga a



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

eficácia de suas decisões, mesmo que com pretexto sincero de concretizar direitos. (PINTO, 2018, p. 74)

Não faltarão, no entanto, constitucionalistas que pretendam sustentar que o ordenamento jurídico permite e exige a intervenção concreta do juiz para além das regras jurídicas positivas, representando tal intervenção “a expansão da fiscalização da constitucionalidade, que abrange a sindicabilidade das questões políticas constitucionalmente positivadas” (PINTO, 2018, p. 72). O operador jurídico não mais ficaria adstrito ao sentido expresso da lei: em sendo algumas questões políticas “juridificadas” pela Constituição, passariam a ser questões de direito a serem decididas no âmbito de um raciocínio jurídico de interpretação ancorado em desdobramentos não positivados das fórmulas constitucionais.

Estar-se-ia, portanto, diante de caso de “judicialização da política”, resultante do modelo constitucional vigente e não de seu rompimento pelo juiz que nele intervém (PINTO, 2018, pp. 72-73). Parece ser essa a moldura em que os acórdãos analisados pretendem inserir-se, a julgar pelas repetidas e cuidadosas menções à “intenção do constituinte derivado” e ao “espírito da norma constitucional” na argumentação⁸. Neste sentido, não é matéria insuscetível de debate a própria legitimidade de origem da deliberação, na medida em que os fundamentos para a inovação jurídica são igualmente questionáveis – sempre tendo em conta a defesa da máxima extensão possível das prerrogativas do órgão de controle, que sempre sustentamos.

Uma coisa será um Acórdão criar normas no desenvolvimento da lei, ou então, proativamente, na ausência absoluta de lei sobre o fenômeno regulado, ou até mesmo na condição de adaptador da lei a mudanças históricas no ordenamento ou na realidade fática. Porém, de nada disso se trata, dado que a regra constitucional existe, é recentíssima, é exaustiva, e não apresenta contradições ou omissões que tivessem sido evidenciadas; a inovação disposta pelo Acórdão pretende que a criação pretoriana de regra contrária à positivada justifique-se por razões de mérito (ainda que de mérito jurídico, como se discutirá adiante). Tal pretensão não pode ser inserida, a nosso ver, dentro do espaço de latitude da “judicialização” tal qual acima apontada, mas - ao contrário – invade o terreno do ativismo. Isso traz, de per si, uma série de consequências de gravidade institucional, bem evidenciadas por Pinto (2018, pp. 84-85):

⁸ Ainda que a parte dispositiva de ambos os Acórdãos não contenha qualquer referência explícita ou mesmo implícita aos procedimentos de interpretação constitucional aplicados.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Conforme salienta Canotilho, há limites jurídico-constitucionais ao poder de criação dos juízes, os quais “estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático”⁹. Em suma, a força criativa da jurisdição constitucional “não pode implicar uma usurpação de poder por parte dos juízes, uma invasão das funções e competências de outros poderes e correspondentes órgãos”, pois a “*rule of law* não pode nem deve ser substituída pela *law of judges*”¹⁰. Em suma, o neoconstitucionalismo peca por apostar excessivamente no judicialismo constitucional, dando especial atenção para a necessidade de uma leitura moral e axiológica de princípios constitucionais de textura muito aberta. Esse estímulo à discricionariedade dos magistrados no processo de interpretação da Lei Fundamental pode desaguar no decisionismo e ativismo judiciais, concretizados por meio do abuso da função jurisdicional ou da própria usurpação judicial da função legislativa, implicando a violação frontal do princípio da separação de poderes e revelando-se antidemocrático, pois transfere o poder de decisão política dos agentes políticos para os juízes, impedindo o povo de se autogovernar por meio de seus representantes eleitos, com o que se abre caminho para uma espécie de juristocracia, deflagrando-se um processo de enfraquecimento gradativo do regime democrático.

Esta aposta exagerada na atuação dos juízes é, a médio e longo prazo, ineficaz e perigosa. Ineficaz, em razão da impossibilidade de plena satisfação judicial de todas as expectativas politicamente frustradas dos cidadãos, normalmente ligadas a prestações positivas do Estado (saúde, educação, moradia, etc.) – afinal de contas, os juízes ainda não aprenderam a mágica de fazer brotar dinheiro de suas decisões. Perigosa porque, conforme se verá, as mesmas promessas constitucionais incumpridas que provocaram a crise de credibilidade dos poderes políticos também provocarão o desprestígio do Judiciário, considerando que também as promessas judiciais, feitas em decisões ambiciosas, tenderão a sucumbir diante de uma realidade marcada pela insustentabilidade econômica do Estado Social.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça*. Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 2007, p. 10. Disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf, Acesso em : 23 jul.2017 (nota de rodapé no original)

¹⁰ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução história e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 76 e 102. (nota de rodapé no original)



3.2. Fundamentos jurídicos – a multiplicação do “mínimo existencial”

Admita-se porém, para argumentar, que a decisão tenha sido proferida dentro do escopo institucional legítimo de intervenção do órgão de controle. Neste sentido, até mesmo a fundamentação de uma criação normativa, como visto acima, não poderia estar baseada exclusivamente em questões de conveniência e oportunidade, mas sim na invocação de critérios ou conceitos estritamente jurídico-constitucionais que exigissem a medida prolatada. Indaguemos, portanto, acerca de tais critérios.

Conforme sintetizado na seção anterior, um primeiro argumento esgrimido pelo *Parquet* de Contas seria o de que a trajetória das finanças públicas traria em breve tempo a ausência de “um grau mínimo de condições materiais para a operação cotidiana das organizações”, e que esse grau mínimo seria um “mínimo existencial” que a Constituição exigiria de *per si* que fosse mantido, mesmo em face de regras constitucionais restritivas de despesa. Alega também que “não foi intenção do constituinte cercear a realização de concursos públicos na proporção e medida em que não tiverem impacto fiscal, isto é, na parcela que puder ser custeada por sua própria arrecadação”. Essas duas razões levariam à conclusão de que a parcela autofinanciada das despesas com concursos públicos não estaria sujeita ao limite de gastos.

O Ministro-Relator acrescenta que as mudanças da EC 95/2016 não têm por objetivo inviabilizar a máquina pública, o que levaria à posição de seu espírito não contemplar a restrição de que as despesas com concursos estejam limitadas pelo teto.

Em primeiro lugar, não se apresentam quaisquer elementos fáticos – ou mesmo lógicos – que permitam inferir, a partir de declarações, pareceres, ou até mesmo inferências deduzidas de outras partes do texto constitucional, a “intenção do constituinte” ou o “espírito da EC 95/2016” – todas as argumentações nos dois Acórdãos a esse respeito contêm apenas afirmações dos próprios julgadores e pareceristas acerca do que, a seu ver, seriam tais “intenção” e “espírito”. Portanto, não se vislumbram na decisão os traços de qualquer método histórico, autêntico ou sequer doutrinário de interpretação constitucional. Aliás, se possível apontar, por aproximação, interpretação autêntica levada a efeito pelo Congresso Nacional, indica-se os §§ 1º e 2º do art. 4º da Lei 13.587/2018 (LOA 2018) e no § 8º do art. 44 da Lei 13.473/2017 (LDO 2018): tais



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

dispositivos reforçam a necessidade de que a abertura de créditos adicionais respeitem, **sem exceção**, o limite individualizado estabelecido pela EC 95/2016.

A única inferência sugerida é a de que a restrição a despesas de concursos levaria à redução de atividades do órgão, e essa, quando drástica, feriria a Constituição. Por um lado, a premissa maior não é demonstrada: nada há nas peças publicadas evidência que permita concluir, primeiro, que a inclusão das despesas de concurso no teto de gastos inviabilizaria a contratação de pessoal¹¹; segundo, tampouco há qualquer elemento que permita afirmar que a não-reposição de pessoal levaria a uma redução drástica do órgão (não se abordam na decisão as projeções quantitativas de perda de pessoal nem muito menos os efeitos concretos que poderia trazer para as atividades do consulente e as possibilidades de mitigá-los com outras medidas de gestão). Mas, admita-se a argumentação em tese: assumam-se a premissa de que a restrição aos concursos significaria redução do quadro de pessoal. Afirmar que a redução de pessoal prejudicaria as funções do órgão é uma perfeita tautologia: qualquer restrição orçamentária significa uma redução da capacidade de execução de políticas para qualquer órgão.

A EC 95/2016 impõe uma fortíssima restrição orçamentária a toda a Administração Pública, pelo que não se pode alegar que uma perda de capacidade operacional (drástica ou não) seria “contrária ao espírito” do dispositivo. Ao contrário, a opção do constituinte foi impor essas fortes perdas a toda a Administração, em nome de evitar riscos macroeconômicos de outra natureza.

Pode-se discordar dessa opção em termos políticos ou econômicos – o que já se discutirá adiante - mas não se pode alegar que não foi essa a expressa opção do legislador constituinte derivado (e, portanto, não se pode usar esse argumento como um fundamento jurídico de norma em sentido contrário).

Não sendo a redução em si um fundamento jurídico mínimo para argumentação constitucional, restaria tão somente a afirmação de que a redução da capacidade operacional do órgão consulente ao longo dos anos afetaria um “mínimo existencial”, e tal conceito, por sua

¹¹ Ao contrário, a Nota do Executivo afirma – sem ser contraditada – que essa despesa representaria tão somente 0,15% da despesa total do órgão.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

natureza, seria protegido incondicionalmente pela Constituição¹². Essa afirmação seria, no entanto, um elástico inimaginável do conceito. “Mínimo existencial” tem, na doutrina, um sentido absolutamente específico: “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável” (SARLETT; FIGUEIREDO, 2008, p. 25), somente configurável em relação a cada caso concreto (e não em abstrato)¹³, às vezes até equiparado tão somente a um leque mínimo de prestações (“quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça”, BARCELLOS, *apud*. TORRES, 2008, p. 77¹⁴). No próprio Supremo Tribunal Federal, a matéria foi abordada, tanto no seu aspecto material quanto na caracterização específica de um conjunto de prestações diretas que poderiam ser contempladas:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como **o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança**. (BRASIL, STF, 2011, grifos nossos).

¹² “[...] a garantia (e direito fundamental) do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.” (SARLETT; FIGUEIREDO, 2008. P. 24)

¹³ Nesta quadra, ganha relevo a necessidade de efetivação do mínimo existencial em atenção às circunstâncias concretas do indivíduo que requer a tutela, num sentido de que a garantia resguarda o direito de ser tratado como igual, e não propriamente o direito a prestações iguais. (SARLETT; FIGUEIREDO, 2008, p. 45) Pode-se afirmar também que a inserção de uma prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser feita abstratamente, de modo apriorístico e taxativo (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 26), sem considerar a condição específica de seu beneficiário. Um exemplo pode ilustrar a afirmação:

O fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada.(SARMENTO, 2009, p. 385) . (FERRARI, 2015, P. 45)

¹⁴ Fonte mencionada na citação: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 258. *Apud* TORRES, 2008, p. 77;



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Em síntese, não se trata de uma expressão intuitiva, de senso comum, denotando o limiar daquilo que, subjetivamente ou segundo alguma escala qualquer de valores, considera-se aceitável; ao contrário, para que se abrigue na lógica doutrinária de conjunto de prestações exigíveis face ao Estado de forma incondicionada (ou com condições muito limitadas), é preciso que a prestação em questão envolva condições concretas de preservação da vida humana, em circunstâncias avaliadas da perspectiva necessariamente individual para cada caso.

Não há como conceber que uma redução genérica, inquantificada, do funcionamento de qualquer órgão, ainda que da profunda importância institucional do Ministério Público, possa corresponder a essa noção. “Mínimo existencial” significa serviços incondicionalmente devidos pelo Estado para atender a ameaça existencial concreta e imediata; com efeito, em todas as ocasiões em que a expressão foi usada pelo próprio TCU em seus julgados, teve ela exatamente esse sentido¹⁵. Somente um *tour de force* conceitual levaria a estender essa noção à manutenção do nível corrente de atividades de qualquer órgão governamental¹⁶.

¹⁵ A minuciosa revisão de Ferrari (2015, pp. 72-80) põe em evidência que o conceito sempre foi utilizado nos Acórdãos do TCU, ao menos até 2015, de forma incidental (não constituindo o centro das razões de decidir) e, também em todos os casos, de forma conceitualmente aderente ao que aqui apresentado como a natureza doutrinária da expressão. Mais detalhadamente, um vasto leque de decisões em casos individuais insere a garantia de aposentadoria do trabalhador rural que não comprovou o recolhimento de contribuições como um direito componente do mínimo existencial (Acórdãos 509/2005, 1649/2006, 3312/2006, 1062/2007, 1867/2007, 2738/2007, 2151/2007, 2105/2008, 285/2009, 551/2009, 3471/2009, 4774/2009, 3507/2010, 5262/2010 e 742/2014 - 1ª Câmara; Acórdãos 1031/2006, 1502/2007, 3386/2007, 1108/2008, 1612/2008, 2594/2008, 3373/2008, 4992/2008, 1015/2009, 3265/2009, 3508/2009, 6712/2009 e 745/2010 - de 2ª Câmara, e 428/2008 – Plenário). O Acórdão 1306/2013 – Plenário menciona o regime público de contribuição previdenciária obrigatória como um direito social componente do mínimo existencial. Os Acórdãos 1753/2011 – Plenário e 2979/2014 - 2ª Câmara descrevem como um dos objetivos das transferências de recursos para projetos de assentamento rural a garantia do mínimo existencial para as famílias assistidas. Dois Acórdãos (213/2014 – Plenário e 6982/2014 - 1ª Câmara) vão um pouco mais longe para utilizar o mínimo existencial como argumento em um raciocínio eminentemente programático (o primeiro no sentido de que a supressão de serviços de saúde pela falta de planejamento administrativo constitui-se em uma clara violação ao princípio da dignidade humana, e o segundo para sustentar que o planejamento estatal deve, como regra, sempre alocar recursos para as populações carentes. Por fim, o Acórdão 1215/2013 – Plenário é explícito em diferenciar o conjunto de serviços públicos e a sua parcela diferenciada que compõe o mínimo existencial (argumentando com razão que essa diferenciação não exime o poder público da obrigação de prestá-los com a máxima qualidade possível). Todas essas razões levam esse autor a concluir que o Tribunal faz, ainda, “um uso incipiente da noção de mínimo existencial”, embora a questão da concretização dos direitos sociais componentes do mínimo existencial venha ganhando protagonismo como componente de um raciocínio programático no marco do qual são adotadas decisões específicas nos processos de controle. (FERRARI, 2015, p. 80)

¹⁶ Evidentemente, em casos concretos, poder-se-á concluir que a desativação de um determinado órgão (um hospital, por exemplo) sem garantia de provisão dos serviços por outras unidades, pode representar uma ameaça ao mínimo existencial daqueles pacientes concretamente afetados pela paralisação dos serviços. Trata-se, portanto, de avaliação em cada caso concreto, e não em abstrato.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Conclusivamente, não se detecta nas decisões aqui examinadas a evidenciação de qualquer fundamentação jurídico-constitucional na qual se possa amparar uma intervenção de criação pretoriana da norma, por mais ampliativa que se faça a interpretação da legitimidade jurisdicional para tanto; residem os seus argumentos tão somente em alegações de conveniência e oportunidade, e no recurso conceitualmente inadequado a uma noção jurídica (“mínimo existencial”) num contexto na qual a mesma não se aplica.

3.3. Considerações de mérito – porque um e não outro?

Independentemente do marco jurídico em que se possa inserir a decisão proferida, cabe perquirir igualmente do mérito técnico-econômico da opção nela contida. Em síntese, a escolha dos Acórdãos é por isentar do teto de gastos um determinado tipo de despesa (a realização de concursos públicos, na parcela autofinanciada pela arrecadação de taxas cobradas aos participantes do próprio concurso). Mais precisamente, a EC 95/2016 estabeleceu um regramento extremamente restritivo sobre todos os tipos de despesa primária, exceto sobre aqueles que explícita e exaustivamente relaciona – e a deliberação exclui desse regramento essa nova categoria de despesa.

Não se trata aqui de defender o mérito das escolhas do constituinte derivado em relação a quais despesas excluir do teto de gastos, o qual também já submetemos a severo questionamento (SILVA; BITTENCOURT, 2017, pp. 18-23), mas tão somente indagar do mérito intrínseco da exceção recém-aberta.

A primeira avaliação que se pode fazer é a de estrita argumentação lógica: que razões teriam o condão de fazer com que tais despesas sejam tratadas diferentemente das demais? Em que medida a realização autofinanciada de concursos diferencia-se de outras despesas primárias a ponto de justificar sua exclusão da competição com todas as demais por figurar dentro de um teto global limitado?

Desde logo, não é o caráter autofinanciado, pois existem inúmeras outras atividades que arrecadam receitas: os recursos próprios não-financeiros diretamente arrecadados pela União



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

somaram em 2017 um total de R\$ 13.274.416.762,69, provenientes de 110 tipos diferentes de arrecadação, enquanto apenas R\$ 375.630.560,30 decorreram de inscrição de candidatos em concursos públicos¹⁷. De outra sorte, não se vislumbra nas deliberações em comento qualquer elemento que permita afirmar que a restrição na realização de concursos públicos seja mais crítica ou merecedora de excepcionalização do que qualquer das outras despesas necessárias ao funcionamento corrente dos órgãos, como luz, água, diárias ou mesmo a folha de pagamento normal. Ao contrário: uma ameaça ao funcionamento mínimo do órgão proviria, em primeiro lugar, da impossibilidade de arcar com essas despesas mais imediatas, somente se colocando o efeito da eventual contenção de concursos em um horizonte de médio prazo, daqui a vários exercícios.

Tampouco se detecta qualquer argumento que fundamente a maior relevância da contratação de pessoal (atividade-meio) diante das demais atividades-fim da Administração (proteção do patrimônio histórico contra incêndios, despesas salariais, assistenciais e previdenciárias de natureza alimentar, assistência médico-hospitalar básica, etc.). Mais ainda, não se constata nenhum elemento concreto que fundamente a alegação de que, em qualquer órgão da União que se considere, a realização de concursos seria impossibilitada pela sua inclusão no teto de gastos (portanto, pela necessidade de composição entre a realização total ou parcial dessa despesa – de natureza eventual - e a redução total ou parcial de outras despesas no mesmo órgão no exercício em que realizadas), não se podendo olvidar que a própria EC 95/2016 assegurou o quantitativo de pessoal nos níveis de 2016, garantindo a realização de concurso público para assegurar esse quantitativo, ainda que com despesas acima do teto fixado (art. 109, incisos IV e V, ADCT).

Prosseguindo nessa seara, inexistem também quaisquer elementos objetivos que permitam inferir que mesmo a impossibilidade da reposição de cargos vagos representaria, em qualquer órgão da União, um fator de inviabilização do funcionamento da instituição abaixo de mínimos inaceitáveis.

¹⁷ Fonte: SIGA Brasil, universo LOA2017 – receita execução. Parâmetros de pesquisa: recursos não financeiros diretamente arrecadados – fontes (código) 150, 250, 350 e 450; Taxas de inscrição em concursos públicos: Natureza da Receita (código) 16100200 e 16100210 a 16100214 e 76100200 e 76100210 a 76100214.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Em suma, não se detectam na fundamentação da decisão quaisquer elementos objetivos que permitam sustentar o tratamento excepcional conferido a esse tipo de despesa em relação a todas as demais.

Uma implicação direta dessa constatação é a fragilidade do argumento esgrimido pelo TCU de que a decisão refere-se tão somente ao caso em questão, não sendo extrapolável a qualquer outro tipo de despesa, frente à alegação do Executivo de que aumenta fortemente o risco de novas e maiores excepcionalizações, fragilizando a regra.

De fato, se a realização autofinanciada de concursos não apresenta, como acima visto, qualquer discrimine que fundamente a sua exclusão *ad hoc* do teto de gastos, todo um leque de outras despesas poderá vir a ser posteriormente incluído no tratamento privilegiado agora dispensado, no que a deliberação correspondente estará tão somente seguindo na sua integralidade substancial e metodológica o precedente ora aberto.

Ainda no campo semântico da diferenciação e deferimento de privilégios casuístas, há que se apontar o natural favorecimento que a exceção em comento traria ao Ministério Público da União frente aos demais órgãos e Poderes sujeitos ao regramento da Emenda Constitucional 95, de 2016. É que, ao órgão fiscal da lei seria permitido extrapolar o limite constitucional que lhe foi fixado, no montante acima debatido, enquanto todos os demais destinatários da norma tiveram que respeitar seus respectivos tetos de gasto, embora, ocasionalmente, tenham incorrido em despesas de idêntica natureza neste mesmo exercício e, como demanda o ordenamento jurídico, não tenham se socorrido da interpretação favorável que ora albergaria a pretensão do MPU.

Tratar-se-ia, também, sob este ponto de vista, de quebra de isonomia entre iguais, configurando fator de instabilidade e de incerteza, materializando ainda violação aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, uma vez que os demais órgãos empreenderam, sempre que necessário, o esforço necessário para adequar seu nível de despesas aos limites que lhe conferiu o constituinte derivado, ciosos da validade e aplicabilidade universal da norma ora flexibilizada.



3.4. Considerações de mérito – o desenho de regras fiscais

O efeito da exceção aberta pelas mencionadas deliberações do TCU deve ser analisado também à luz da literatura técnica sobre regras fiscais. Isso porque a EC 95/2016 é, em sua natureza e objetivos, uma regra fiscal, ou seja, um procedimento institucionalmente fixado para compelir a política fiscal de um país a atingir um determinado valor numérico predeterminado em algum de seus agregados fiscais, com o objetivo de evitar desvios relativos a déficit excessivo e prociclicidade que representam tendências previsíveis do funcionamento das políticas fiscais em modernas economias capitalistas (SCHAECHTER et. al., 2012, p. 5; IMF, 2018, p. 1; BERGANZA, 2012, pp. 7-8; SCHICK, 2003). Mais especificamente, trata-se de uma regra de teto de gastos, ou seja, uma restrição global ao valor de toda ou da maior parte da despesa governamental, fixada antecipadamente em relação ao processo de elaboração orçamentária¹⁸ (LJUNGMAN, 2008, p. 3).

Também aqui não se pretende ingressar no exame do mérito ou da necessidade intrínseca da existência de regras fiscais em geral (não isenta de críticas - BRAUN; GADANO, 2006), nem especificamente da regra contida na EC 95/2016¹⁹. Parte-se da premissa de que a adoção da regra fiscal nos termos em que implementada pela mencionada Emenda Constitucional foi uma necessidade reconhecida pelo constituinte derivado (plenamente acolhida, aliás, pelo próprio Tribunal de Contas da União nestes e em anteriores julgados), o que faz de todo o conjunto de conceitos e práticas internacionais parâmetros relevantes para a avaliação de sua implementação e de eventuais modificações parciais ou incidentais, como a que agora se examina.

Em caráter geral, um aspecto essencial de uma regra de teto de gastos é o seu grau de universalidade ou abrangência: sua efetividade em promover o controle fiscal agregado claramente depende de quais itens de despesa são por ele restringidos; a disciplina fiscal inclina-se pela abrangência universal do teto, a qual pode ser mitigada, em função de outros aspectos de política macroeconômica e administração financeira (inclusive casos de efetiva e comprovada urgência que no caso da EC 95/2016 são passíveis da abertura de créditos extraordinários).

¹⁸ “[...] *an expenditure ceiling refers to an overall restriction on the outcome of all or most of government expenditure, established well in advance of the start of preparation of the budget*” (LJUNGMAN, 2008, p. 3).

¹⁹ Para uma discussão em tese sobre as vantagens e desvantagens das regras de tetos de gastos, cf. LJUNGMAN, 2008, IMF, 2009, e ROBINSON, 2016.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Dentre essas possíveis exceções, enquadram-se por excelência: pagamentos da dívida pública e seu serviço; benefícios legalmente concedidos em caráter contínuo (como aposentadorias e pensões); eventualmente, benefícios automáticos de natureza contracíclica, como seguro-desemprego, que podem ser inseridos em mecanismos macroeconômicos de “estabilizadores automáticos” na política fiscal²⁰; despesas nas quais o governo é apenas o canal intermediário, com fontes provenientes de outras esferas públicas ou privadas; por fim, em alguns casos, determinadas categorias de investimentos físicos que têm relevância econômica e características de indivisibilidade que tornam antieconômica sua execução apenas parcial (LJUNGMAN, 2008, pp. 6-13²¹; ROBINSON, 2016, pp. 128-131 e 138-139; IMF, 2009, p. 29). Nenhuma dessas categorias, portanto, inclui a realização de despesas administrativas comuns tais como a realização de seleções de pessoal.

Neste tipo de dispositivo institucional, há um forte incentivo dos governos à “*fiscal gimmickry*”, ou “truques fiscais”²²: de fato, quanto mais exceções se abram à cobertura universal das regras sobre o orçamento, mais oportunidades terão os administradores para transferir despesas de uma para outra classificação e, assim, impedir a vigência plena da regra (SUTHERLAND; PRICE; JOUMARD, 2005, p. 41).

Assim, a experiência acumulada com regras fiscais sugere que se devem evitar dois extremos: por um lado, evitar uma rigidez de tal monta que torne o cumprimento das regras insustentável diante de grandes choques econômicos ou desastres naturais; de outro, fechar a porta a “cláusulas de escape” discricionárias que permitam aos governos – encarregados de cumprir a regra fiscal – escolher seletivamente a obediência ou não das restrições por ela estabelecidas. Em outras palavras, para que uma regra fiscal tenha sucesso em seus objetivos, as

²⁰ Segundo Robinson (2016, p. 219), esse caráter de despesa contracíclica é o único que é reconhecido de forma razoavelmente unânime na literatura como relevante para determinar exceções à cobertura de gastos.

²¹ No mesmo sentido, Robinson (2016, p. 126) relata que a experiência internacional com tetos de gastos é ainda mais restrita quanto às categorias de gasto não-financeiro excluídas da regra de teto, variando de praticamente nenhuma (Suécia) aos gastos de previdência social (Reino Unido) e, no caso mais aberto, de saúde pública (França).

²² *If the objectives behind setting expenditure ceilings suggest that comprehensive coverage is appropriate, why in practice does the coverage of ceilings fall well short of comprehensiveness in most countries? One obvious possible explanation is the desire of governments to circumvent the disciplinary effect of expenditure ceilings, so as to be able to simultaneously reap political advantage from the appearance of maintaining discipline while in practice avoiding it.* (ROBINSON, 2016, p. 128)



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

possibilidades de escape e exceção devem limitar-se à ocorrência de eventos que realmente encontram-se fora do controle do governo (EYRAUD et. al., 2018, p. 18; SCHAECHTER et. al., 2012, p. 20-21)²³.

Adicionalmente, a exclusão de despesas discricionárias também prejudica a eficiência alocativa: um dos efeitos desejáveis do teto de gastos é evidenciar o *trade-off* entre cada par de despesas, fazendo com que todas compitam no mérito pela sua escolha; uma exclusão do teto fará com que uma despesa seja incorrida sem ter que ser confrontada com todas as demais para avaliação de quais são as mais prioritárias, tão somente pelo fato de haver sido excepcionalizada (ROBINSON, 2016, p. 138; SCHAECHTER et. al., 2012, p. 8).

A consideração da situação específica de despesas financiadas com recursos arrecadados aos usuários (“*user fees*”) não passa despercebida pela literatura sobre regras fiscais – e especificamente sobre tetos de gastos. Ljungman (2008, pp. 12 e 41) expressa uma posição relativamente ambígua: admite em tese o registro em termos líquidos da receita em algumas situações em que o serviço prestado foi voluntariamente demandado e essa arrecadação destine-se exclusivamente a custear o serviço²⁴; no entanto, adverte que na maioria dos casos é muito difícil assegurar que as duas condições necessárias para isso sejam cumpridas (o nível do serviço ser determinado pela demanda em lugar de uma decisão governamental discricionária, e a recuperação total dos custos por meio das *user fees*), o que faz com que esse mecanismo termine sendo usado como uma fonte parcial de financiamento de bens e serviços de clara natureza

²³ 35. Fourth, the lack of well-designed escape clauses makes it challenging to deal with tail events. Without well-designed escape clauses, rules are often put in abeyance following large shocks, or countries resort to ad hoc measures to accommodate them. But country experiences show that, to be credible and effective, escape clauses need to be precisely defined to cover events that are truly outside the government’s control. India, for instance, is in the process of revising its escape clause, which currently allows for deviations from targets in exceptional circumstances “as the central government may specify.” (EYRAUD et. al., 2018, p. 18)

²⁴ The fundamental principle is that the budget should be on a gross basis. Revenue is presented on the revenue side of the budget, and expenditure on the expenditure side of the budget. There are, however, some exceptions to the principle. User fees collected by the administration for a voluntarily demanded service can be budgeted and accounted for on a net basis provided that the revenue goes exclusively towards covering the cost of that service. Although this means that the budget does not fully reflect total expenditure, there may be good reasons for allowing user fees for some activities to be used to cover costs. (LJUNGMAN, 2008, p. 41)



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

pública, impedindo a compensação das receitas recebidas a esse título - para efeito exatamente de inclusão em tetos de gastos - salvo em casos muito excepcionais²⁵.

Lidar com esse tipo de autofinanciamento na operação de uma regra fiscal é, especificamente, um problema concreto já detectado em experiências internacionais: o órgão de controle superior federal norte-americano já apontava que um “efeito colateral infeliz” do desenho da regra fiscal naquele país foi exatamente incentivar a criação de receitas que pudessem ser classificadas como “taxas cobradas ao usuário” para deduzi-las dos montantes de despesa discricionária efetivamente sujeitos ao teto de gastos. Neste caso, o “truque” decorre da ambiguidade deliberada na classificação de receitas próprias, as quais somente caberiam como compensação do gasto em “*business-type activities*”, ou seja, aquelas atividades nas quais, excepcionalmente, o ente governamental atua como um provedor de serviços inteiramente autofinanciados e não como administração pública (GAO, 2002, p. 11²⁶).

Em resumo do argumento, a criação de uma exceção à cobertura da regra para esse tipo específico de despesa discricionária (despesas administrativas, mesmo autofinanciadas por taxas cobradas aos usuários) vai contra os critérios enfatizados na literatura técnica internacional como desejáveis para o atingimento dos objetivos das regras fiscais, em particular das regras de teto de gastos. Em outras palavras, uma vez aceita a premissa da necessidade e conveniência da regra

²⁵ *A related case is created when the government supplies goods and services for a user fee. Provided that the level of activity is determined by demand—rather than through a discretionary policy decision—and that there is full cost recovery through the fees charged, it may not be necessary to restrict expenditure. In most cases, however, it is difficult to ensure that these two conditions are fulfilled, and user fees are often used as a partial source of funding for goods and services that are of a clear public nature. For this reason, a gross budget treatment of revenue and expenditure for user fees—which subjects the level of activity to the expenditure ceiling—will be appropriate unless very specific criteria are met. (LJUNGMAN, 2008, p. 12)*

²⁶ *Many believe that one unfortunate side effect of the structure of BEA has been an incentive to create revenues that can be categorized as “user fees” and so offset discretionary spending—rather than be counted on the PAYGO scorecard. The 1967 President’s Commission on Budget Concepts recommended that receipts from activities which were essentially governmental in nature, including regulation and general taxation, be reported as receipts, and that receipts from business-type activities “offset to the expenditures to which they relate.” However, these distinctions have been blurred in practice. Ambiguous classifications combined with budget rules that make certain designs most advantageous has led to a situation in which there is pressure to treat fees from the public as offsets to appropriations under BEA caps, regardless of whether the underlying federal activity is business or governmental in nature. Consideration should be given to whether it is possible to come up with and apply consistent standards—especially if the discretionary caps are to be redesigned. The Administration has stated that it plans to monitor and review the classification of user fees and other types of collections. (GAO, 2002, p. 11).*



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

fiscal estabelecida pela EC 95/2016, a apreciação do mérito das modificações albergadas nos Acórdãos em exame será inegavelmente desfavorável.

Eventuais alegações de inconveniência do regime de teto de gastos somente seriam consistentes com um questionamento global da regra fiscal adotada – o qual, em democracia, sempre pode ser suscitado no âmbito do debate político –, porém, não subsistem na forma de alterações pontuais *ad hoc* como a que se promove via órgão de controle.

4. O PLN 46/2018

Nesta seção, apresenta-se a proposição em debate, para em seguida tecer as considerações aplicáveis a partir da discussão antes desenvolvida.

4.1. Conteúdo e justificção da proposição

O conteúdo do PLN 46/2018 é aparentemente singelo: um crédito suplementar destinado a elevar em R\$ 11.529.503,00 a despesa autorizada na programação destinada a custeio do Ministério Público Federal²⁷; a fonte dos recursos é a de recursos próprios não-financeiros diretamente arrecadados (fonte 150), e não se oferecem cancelamentos, sendo a origem proposta dos recursos o excesso de arrecadação na mencionada fonte.

Na exposição de motivos, o Poder Executivo informa que o objetivo da despesa é a realização de concurso público para o provimento de vagas e a formação de cadastro reserva em cargos técnico-administrativos do Ministério Público da União, com utilização de receitas próprias provenientes da arrecadação com as inscrições para o referido concurso, nos termos do Acórdão n. 1.618/2018- TCU – Plenário.

²⁷ Programação 03.062.0581.4264.0001 - Defesa do Interesse Público no Processo Judiciário - Ministério Público Federal – Nacional; Unidade Orçamentária 34101 - Ministério Público Federal.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Aponta ainda que o uso do excesso de arrecadação da fonte é albergado pelo art. 43, § 1º, II, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, restando obedecida a necessidade de indicação dos recursos prevista no art. 167, inciso V, da Constituição. De igual modo, assevera que a despesa foi considerada no Relatório de Avaliação das Receitas e Despesas Primárias do 4º Bimestre de 2018, não afetando, portanto, a obtenção do resultado primário exigido pelo art. 44, § 4º, da LDO-2018 (Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017).

A Exposição de Motivos ressalva, porém, que a proposição não atende – na visão do Executivo – às exigências do teto de gastos (§ 5º do art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, incluído pela EC 95/2016), por tratar-se de crédito suplementar que amplia o total da despesa primária do órgão para além dos limites estabelecidos no mencionado art. 107 do ADCT. Fundamenta o encaminhamento da proposição, portanto, no exposto permissivo dos plurimencionados Acórdãos 1618/2018 e 1870/2018 – TCU – Plenário, e na autonomia administrativa e orçamentária do Ministério Público da União, cabendo o exame conclusivo da juridicidade e do mérito ao próprio Congresso Nacional.

É oportuno mencionar, ademais, que o Poder Executivo, em recurso apresentado ao Acórdão 1.618/2018-TCU-Plenário, contraditou o argumento do MPU, rejeitando a tese de que não há espaço no orçamento do órgão para promover remanejamento de despesa e, desta forma, garantir a realização do concurso público pretendido sem a necessidade do recurso ao excesso de arrecadação. De fato, segundo o Poder Executivo,

o MPU não apresenta dificuldades em cumprir com o teto de gastos. (...) no exercício de 2017, não só houve cumprimento do teto de gastos com folga, como também o MPU deixou de empenhar R\$ 137,1 milhões em despesas primárias. Ou seja, não demonstrou necessidade de utilizar todo o orçamento disponível naquele exercício.

Por fim, frise-se que, em verdade, o processo seletivo em questão já se encontra em avançado andamento, tendo superado a fase de aplicação das provas no último dia 21 de outubro, muito embora o PLN 46/2018 – que deveria proporcionar o (supostamente imprescindível) reforço de dotação para que se efetive a seleção – não tenha recebido, até a presente data, a necessária aprovação do Congresso Nacional.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

Mais que isso: para a realização do concurso em tela, o MPU celebrou contrato com o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe)²⁸ que demandou o empenho, em 15 de agosto deste ano, de R\$ 9.407.411,72, à conta da ação orçamentária 4264 – Defesa do Interesse Público no Processo Judiciário (exatamente a programação objeto da suplementação pretendida).

Nesse passo, cumpre lembrar o disposto pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), no que concerne à necessidade de que, do processo de geração de despesa ou assunção de obrigação conste “declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual” (art. 16, inc. II), esclarecendo-se que se considera “adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de **dotação específica e suficiente**, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que **somadas todas as despesas da mesma espécie**, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, **não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício**” (art. 16, § 1º, inc. I) (grifamos). No mesmo sentido, jurisprudência do TCU indicando que o órgão interessado somente deve realizar procedimento licitatório quando houver disponibilidade orçamentária para cobrir a despesa a ser contratada, indicando no respectivo edital a dotação orçamentária que cobrirá as mencionadas despesas, nos termos do caput do art. 38 Lei nº 8.666/1993 (Acórdão 301/2005-TCU-Plenário).

Via de consequência, desdobramento direto da situação fática acima narrada, exsurge a fragilidade do argumento esgrimado na Exposição de Motivos que acompanha o PLN 46/2018 para justificar sua imprescindibilidade, pois o processo seletivo não dependeu do reforço orçamentário para sua realização. Uma vez que as providências já adotadas pelo Ministério Público, no âmbito do concurso em comento, atestam a suficiência da dotação deferida ao órgão, desnecessária a abertura do crédito suplementar em tela.

²⁸ Termo de Contrato nº 41/2018. Contratantes: Ministério Público Federal e a empresa Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (CEBRASPE). CNPJ: 18.284.407/0001-53. Objeto: Organização e Realização do 10º Concurso Público para Servidores do Ministério Público da União - MPU. Valor total estimado: R\$ 9.407.411,72. Vigência: de 16/08/2018 até 15/08/2020. Data de Assinatura: 16/08/2018. Nota de Empenho: 2018NE001171, de 15/08/2018. Programa de Trabalho: 03062058142640001. Elemento de Despesa: 3.3.90.39. Signatários: pelo Contratante, Denise Christina de Rezende Nicolaidis, Secretária de Administração; e pela Contratada, Adriana Rigon Weska e José Edil Benedito. Processo MPF/PGR: 1.00.000.003122/2017-59. (Disponível no Diário Oficial da União de 20 de agosto de 2018, ed. n. 160, seção 3, p. 131)



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

4.2. Discussão de juridicidade e mérito

Processualmente, obra bem o Executivo em encaminhar o projeto deixando expressas as suas ressalvas. Trata-se de matéria da gestão interna de órgão constitucionalmente autônomo, agindo em conformidade com uma manifestação expressa da Corte de Contas. Neste caso, uma ação de veto do Executivo na tramitação do pedido poderia estar sujeita a severos questionamentos institucionais.

Cabe, portanto, ao Congresso Nacional a palavra definitiva sobre o caso, no exercício de sua exclusiva e soberana prerrogativa de decidir sobre o orçamento, nos termos dos arts. 48, inc. II, e 167, inc. V, da Carta Magna, e, optando por aprova-lo, que o devolva ao Executivo, para, aí sim, exercer sua prerrogativa de veto.

Pelas razões expostas ao longo de toda esta Nota Técnica, entendemos não assistirem fundamentos institucionais, jurídicos nem de mérito técnico ou econômico para a posição prevalecente nos itens 9.2.4 e 9.2.5 do Acórdão 1618/2018 – TCU – Plenário, confirmada pelo Acórdão 1870/2018 do mesmo colegiado.

Por conseguinte, as intenções e objetivos expressos pelo Congresso Nacional ao promulgar a Emenda Constitucional 95/2016 ver-se-iam prejudicadas pela aprovação de medidas legislativas que adotassem o permissivo constante dos dois Acórdãos. Disso decorre, inexoravelmente, o entendimento de que a aprovação do mencionado PLN 46/2018 contraria frontalmente a letra e o espírito da EC 95/2018.

É preciso então perquirir das consequências dessa conclusão. Desde logo, não se trata de modificar – em uma espécie de instância recursal implícita – os termos e o conteúdo de qualquer deliberação da Corte de Contas, cuja jurisdição é constitucionalmente definida. Nem isso é necessário: está em mãos do próprio Poder Legislativo assegurar o *enforcement* da letra e do espírito da EC 95/2016, por meio do seu instrumento de controle por excelência - a elaboração orçamentária. Sem o aval do Poder Legislativo, não se poderá orçar valores superiores aos tetos previstos pela mencionada Emenda (previsão essa que é reforçada pelo disposto nos arts. 15, I, e 25, **caput** e § 1º da LDO 2018), nem aprovar créditos suplementares que os elevem nessa



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

direção. E esse controle pode ser exercido com base em fundamentos exclusivamente de mérito, que independem de qualquer interpretação pretoriana sobre a aplicação da regra – além do óbvio fato de que a própria avaliação de constitucionalidade feita pelo Poder Legislativo em sua atividade legiferante é subsidiada pela posição do TCU, mas não vinculada a ela (exigindo-se, é bem certo, extensas e fundamentadas razões para a divergência, as quais entendemos preenchidas pelo raciocínio apresentado nas seções anteriores).

Assim, embora decorra da argumentação pretérita a conclusão de que o PLN 46/2018 desobedece ao comando do art. 107, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que veda a abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites individualizados estabelecidos pelo constituinte derivado, sequer se faz necessário lançar mão de tal remate; é que, pelo exposto, a rejeição, no mérito, do PLN 46/2018 (e de outros que tenham a mesma finalidade) permitiria manter intacto o funcionamento das regras fiscais alvitradas pelo Congresso Nacional ao aprovar a Emenda Constitucional 95/2016, sem qualquer conflito institucional ou de competências.

Brasília, 05 de novembro de 2018.

Ana Cláudia Castro Silva Borges²⁹
Consultora-Geral da CONORF

Ricardo Alberto Volpe³⁰
Diretor da CONOF

²⁹ Consultor designado: Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt.

³⁰ Consultores designados: Dayson Pereira Bezerra de Almeida, Sérgio Tadao Sambosuke.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

REFERÊNCIAS

BERGANZA, Juan Carlos. Fiscal rules in Latin America: a survey: Documentos Ocasionales n.º 1208 . Madrid: Banco de España, 2012.

BITTENCOURT, Fernando. O controle e a construção de capacidade técnica institucional no Parlamento – elementos para um marco conceitual. (Textos para discussão - Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal no. 57). Brasília: Senado Federal , 2009 (também disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm>).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639337. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23/082011. 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>, Acesso 22.10.2018

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Acórdão 1618/2018 – Plenário: Ata n° 27/2018 – Plenário, Sessão: 18/7/2018 – Ordinária. Brasília, TCU, 2018. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1618%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>; Acesso 29/08/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Acórdão 1870/2018 – Plenário: Ata n° 31/2018 – Plenário, Sessão: 15/8/2018 – Ordinária. Brasília, TCU, 2018. Disponível em <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1870%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1ri%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>; Acesso 29/08/2018.

BRAUN, Miguel; GADANO, Nicolás. ¿Para qué sirven las reglas fiscales? Un análisis crítico de la experiencia argentina. Documento de Trabajo 2006/2. Buenos Aires:Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento, 2006



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

EYRAUD, Luc et. al. Second-Generation Fiscal Rules: Balancing Simplicity, Flexibility, and Enforceability: IMF Staff Discussion Note SDN/18/04, April 2018. Washington: International Monetary Fund, 2018.

FERRARI, Marcos Vinícius. O uso das expressões “reserva do possível” e “mínimo existencial” nos acórdãos do Tribunal de Contas da União. Monografia (especialização) – Curso de Parlamento e Direito, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor). Brasília, 2015.

GAO. UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. Budget process: extending budget controls: Testimony Before the Committee on the Budget, House of Representatives. Statement of Susan J. Irving Director, Federal Budget Analysis: GAO-02-682T. Washington, Government Accountability Office, 2002.

IMF - INTERNATIONAL MONETARY FUND. Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances. Washington, DC: Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, 2009.

IMF - INTERNATIONAL MONETARY FUND. How to select fiscal rules: a primer. Washington, DC: Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, 2018.

LJUNGMAN, Gösta. Expenditure Ceilings—A Survey: Fiscal Affairs Department Working Paper WP/08/282. Washington, DC: International Monetary Fund, 2008.

PINTO, Hélio Pinheiro. Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

ROBINSON, Marc. The coverage of aggregate expenditure ceilings. OECD Journal on Budgeting, 2015 (1), 2016. Paris: OECD, 2016.

SARLETT, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. SARLETT, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



CONGRESSO NACIONAL

Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CONOF/CD
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – CONORF/SF

SCHAECHTER, Andrea et. al.. Fiscal Rules in Response to the Crisis - Toward the “Next-Generation” Rules: A New Dataset. Fiscal Affairs Department Working Paper WP/12/187. Washington, DC: International Monetary Fund, 2012.

SCHICK, Allen. The Role of Fiscal Rules in Budgeting. OECD Journal on Budgeting, 3 (3), 2003. Paris: OECD, 2003.

SILVA, José Ribamar Pereira; BITTENCOURT, Fernando. Uma interpretação para o teor dos dispositivos da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal com limites para o gasto da União, e considerações sobre sua implementação. (Série Orçamento em Discussão - Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal no. 34). Brasília: Senado Federal, 2017 (também disponível em <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/documentos/estudos/tipos-de-estudos/orcamento-em-discussao/edicao-34-2017-uma-interpretacao-para-o-teor-dos-dispositivos-da-emenda-constitucional-no-95-de-15-de-dezembro-de-2016-que-instituiu-o-novo-regime-fiscal-com-limites-para-o-gasto-da-uniao-e-consideracoes-sobre-sua-implementacao>>).

SUTHERLAND, Douglas; PRICE, Robert; JOUMARD, Isabelle. Fiscal rules for sub-central governments: design and impact. Economics Department Working Paper no. 465. Paris, OECD, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In. SARLETT, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.