

EMENDA CONSTITUCIONAL 105

Presente de Natal ou uma aposta na liberdade com responsabilidade?

Coluna Fiscal – JOTA – 26.12.2019

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/emenda-constitucional-105-presente-de-natal-ou-uma-aposta-na-liberdade-com-responsabilidade-26122019>

As últimas semanas foram marcadas por uma profusão de propostas de emendas constitucionais apresentadas ao Congresso Nacional, e o que mais chamou a atenção foi ver que tratavam, em sua maior parte, de questões de Direito Financeiro.

Além do “pacote” do início de novembro, com as PECs 186, 187 e 188, já referidas em coluna anterior¹, e que ainda exigem maior reflexão e análises em outros textos, dada a amplitude e importância das suas alterações no texto constitucional, há outras, e destacaremos dessa vez a recém-promulgada Emenda Constitucional 105, em 12 de dezembro último, resultante das PECs 61/2015 e 48/2019, que introduziu o art. 166-A na Constituição.

São modificações importantes sob o ponto de vista não só do Direito Financeiro, mas também e principalmente por envolver a disputa e distribuição de poder político, estando o orçamento público no núcleo dessas questões. Interessante observar que ao mesmo tempo envolve questões

1 “O Plano Mais Brasil e o pacote de mudanças no Direito Financeiro” (https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-plano-mais-brasil-e-o-pacote-de-mudancas-no-direito-financeiro-28112019), p. 97.

orçamentárias relevantes, como a efetividade da lei orçamentária, a disputa de poder entre o Executivo e o Legislativo, e as relações federativas em matéria fiscal.

A disputa pelo poder em matéria financeira tem ficado cada vez mais clara, intensa e explícita, como se vê das recentes emendas voltadas a instituir o chamado “orçamento impositivo”, que começaram com a Emenda Constitucional 86, em 2015 e passaram pelas Emendas Constitucionais 100 e 102, deste ano de 2019, e tem sido objeto de referência também nas leis de diretrizes orçamentárias.

Sem entrar na longa discussão a respeito da impositividade da lei orçamentária, seguramente uma das mais relevantes e tormentosas questões do Direito Financeiro, uma vez que envolve o efetivo cumprimento da lei orçamentária, as recentes emendas constitucionais têm por objeto dar maior garantia às alterações na lei orçamentária propostas por iniciativa dos parlamentares.

É sabido o grande poder financeiro do chefe do Poder Executivo, a quem cabe apresentar o projeto de lei orçamentária, que, ao ser submetido à apreciação do Parlamento, não é suscetível de alteração em vários pontos; além disso, uma vez aprovada a lei orçamentária, a execução, sob comando essencialmente do chefe do Poder Executivo, causa um “desequilíbrio” na distribuição do poder político em matéria orçamentária, o que deixa o Poder Legislativo sempre atento às possibilidades de fazer valer a lei que aprovou e deseja ver cumprida com a maior fidelidade possível.

O processo de elaboração da lei orçamentária, cuja iniciativa é do Poder Executivo (Constituição, art. 165, III), é submetido à aprovação do Poder Legislativo, a quem caberia ter ampla possibilidade de emendas, limitadas apenas às restrições do art. 166, § 3º (o que já não é pouca coisa); na realidade, no entanto, sabe-se que a participação é bem menor, limitando-se a uma “cota” negociada com o Poder Executivo, valor sobre o qual incidem as chamadas “emendas parlamentares” ao orçamento. Mesmo assim, durante décadas, mesmo essas emendas voltavam à “mesa de negociação” com o Poder Executivo na fase de execução orçamentária, para que fossem “liberadas”, ou “descontingenciadas” e efetivamente cumpridas.

A disputa de poder político motivou a aprovação de várias emendas, já citadas anteriormente, a fim de reduzir as tensões políticas nas disputas de recursos orçamentários objeto dessas emendas, tornando-as

“impositivas”, ou seja, de cumprimento obrigatório, uma vez inseridas no orçamento e integradas à lei orçamentária aprovada.

Na mais recente emenda, a EC 105, estabeleceram-se regras próprias para as emendas que contemplem transferências de recursos do orçamento federal para os Estados, Distrito Federal e Municípios, criando-se as “transferências especiais” e as “transferências com finalidade definida”.

No “regime jurídico” previsto para as referidas transferências, ficam excluídos seus valores do cálculo da receita do ente para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo, e de endividamento do ente federado. E estão proibidas de serem aplicadas no pagamento de despesas com pessoal e encargos referentes ao serviço da dívida.

Vê-se o verdadeiro esforço dos parlamentares em conseguir fazer chegar às suas bases recursos captados do orçamento federal de modo que possam ser efetivamente utilizados em investimentos, e não sejam verdadeiramente “corroídos” ou “sugados” ao longo do caminho, nem fiquem sujeitos a restrições que impeçam de ser utilizados no destino para as finalidades às quais foram inicialmente direcionados.

As “transferências com finalidade definida” mantém as características do condicionamento, devendo estar vinculadas ao que foi estabelecido na emenda parlamentar, e nesse caso devem ter pelo menos 70% dos recursos destinados às despesas de capital, evitando assim o direcionamento de recursos exclusivamente para o custeio.

Mas algumas questões geram preocupação.

No modelo até então vigente, quando as emendas parlamentares contemplavam transferências a outros entes da federação, essas transferências eram da modalidade “transferências voluntárias”², estando vinculadas a programas governamentais com propósitos definidos – eram transferências condicionadas – e dependiam da formalização de instrumentos, como os convênios, que delimitavam o escopo e condições da utilização dos recursos. E mantinham a condição de recursos federais transferidos,

2 Sobre o tema, não deixar de consultar *As transferências voluntárias no modelo constitucional brasileiro*, de Alexsandra Kátia Dallaverde (Série Direito Financeiro. José Mauricio Conti (coord.), São Paulo, Blucher, 2016. Versão eletrônica gratuita em: <https://www.blucher.com.br/livro/detalhes/as-transferencias-voluntarias-no-modelo-constitucional-brasileiro-1236>).

o que faz do sistema de fiscalização financeira federal o competente para exercer o controle da aplicação dos referidos recursos.

Na emenda aprovada, a modalidade de “transferência especial” prevê o repasse “independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere”, e os recursos “pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira”. As transferências passam a ser, por conseguinte, da modalidade “incondicionada”, e a titularidade fica para o ente federado beneficiário, o que transfere o controle para o sistema de fiscalização financeira a que está sujeito – estadual, distrital ou municipal.

Sem dúvida um aumento da liberdade e discricionariedade no uso por parte do ente receptor da transferência, um prestígio à descentralização de recursos e um fortalecimento da autonomia financeira dos entes federados.

Por outro lado, teme-se um afrouxamento no sistema de fiscalização da aplicação dos recursos transferidos, tanto em decorrência da maior discricionariedade no uso, pelo não condicionamento das transferências, como pela maior flexibilidade que tem caracterizado os sistemas subnacionais de fiscalização financeira, cuja maior proximidade com os agentes políticos sujeitos à fiscalização dificulta um maior endurecimento na rigidez da interpretação das normas mais restritivas e na aplicação das sanções. Uma justa preocupação que tem sido externada pelos órgãos de fiscalização e controle.³

O federalismo existe justamente para descentralizar o poder político, administrativo e financeiro, aproximando o governante do governado, facilitando a identificação das preferências e necessidades da população, com consequente melhor direcionamento dos recursos para atender os interesses locais. Fortalecem o princípio da subsidiariedade, pelo qual a preferência ao ente local para o atendimento das necessidades públicas deve ser a regra, e nesse sentido alinham-se as medidas que agora vigoram com a nova emenda aprovada.

Sabe-se, no entanto, que “na prática a teoria é outra”, como diz o velho e conhecido ditado popular, e, uma vez aprovada e em vigor a emenda, é apostar na teoria, e que a prática não venha a desmenti-la.

3 MPF, 5ª CCR – Câmara de Coordenação e Revisão – combate à corrupção – Nota Técnica 1/2019, de 29.11.2019; Júlio Marcelo pede a relator derrubada de trecho da PEC das emendas parlamentares (*O Antagonista*, 2.12.2019).

A fama dos nossos políticos não anda bem há tempos, e as críticas às emendas têm sido duras, como se pode constatar do que a mídia tem repercutido a respeito: “Um talão de cheque com R\$ 7,5 milhões. Proposta já aprovada na Câmara dá a parlamentar o direito de distribuir recursos públicos em benefício de sua própria reeleição⁴”, escreveu Ribamar de Oliveira; e o editorial do *Estadão* de 16.12.2019, “Doações às cegas”, evidencia sua descrença na nova emenda, além de outros textos que podem ser encontrados.

Já houve levantamento do TCU que não apontou bom uso dos recursos decorrentes de emendas parlamentares⁵, deixando entrever que o passado não ajuda as previsões sobre o futuro nesse campo.

O fato é que essa mais recente emenda institui um verdadeiro “presente de Natal” para os governadores, e especialmente para os prefeitos, nesse final de ano. Esperamos que o espírito de Natal prevaleça, e dele façam bom uso em favor daqueles que estão precisando tanto da visita do Papai Noel!

4 *Valor Econômico*, 28.11.2019 – <https://valor.globo.com/brasil/coluna/um-talao-de-cheque-com-r-75-milhoes.ghtml>.

5 TCU aponta baixa eficácia na aplicação de emendas parlamentares – após analisar dados de 2014 a 2017, auditoria mostra que necessidades do povo são ignoradas na hora em que deputados e senadores decidem onde alocar dinheiro público (*Estadão*, 30.11.2019).

