ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 23 – julho/agosto/setembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

O REGIME JURÍDICO DAS LICITAÇÕES NO BRASIL E O MERCOSUL

Prof. César A. Guimarães Pereira
Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em Curitiba

I – EQUILÍBRIO FISCAL E CONTROLE DO ENDIVIDAMENTO PÚBLICO

a) Controle da dívida pública e estabilidade econômica

1. O art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) indica que seus dispositivos dirigem-se à "responsabilidade na gestão fiscal". Estabelece conjunto de regras para condicionar a ação estatal de modo a prevenir riscos e corrigir desvios "capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas" (art. 1º, § 1º)[1].

Através de uma variedade de mecanismos, que abrangem proibições aos agentes públicos e estímulo às formas de controle institucional e social, a LRF pretende atingir situação de *equilíbrio*. Busca evitar que a ação estatal conduza à realização de despesas em montante superior à receita e à capacidade de endividamento.

Há uma investigação prévia útil à plena compreensão do significado institucional da LRF. Devem-se identificar as razões pelas quais seria (ou não) necessário atingir pleno equilíbrio fiscal – ou seja, determinar se é razoável que se imponham limites drásticos à ação estatal em função da busca de equilíbrio nas contas públicas. Isso exige breve incursão sobre os pressupostos econômicos da lei.

2. FABIO GIAMBIAGI e ANA CLÁUDIA ALÉM identificam três restrições básicas a um hipotético endividamento público ilimitado.

---

[1] Exceto indicação em contrário, os dispositivos legais citados neste estudo são os da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

A primeira é o *mercado*, uma vez que a ampliação da dívida conduz, no caso limite, ao esgotamento das fontes disponíveis de financiamento. A segunda restrição é a *inflação*, provocada pela emissão de moeda como forma de financiamento da dívida pública. A terceira tem caráter *institucional*, uma vez que sociedades mais desenvolvidas tendem a exigir políticas fiscais mais rígidas – as quais, gerando maior confiabilidade das estruturas governamentais, permitem até mesmo uma ampliação (segura e sustentável) do endividamento público. [2]

Na mesma linha, alertam para o risco de o Estado tornar-se um "devedor Ponzi"[3], obtendo recursos através de endividamento (por exemplo, emissão de títulos públicos) que apenas gera novos aumentos de dívida. Segundo GIAMBIAGI e ALÉM, "no limite, em algum momento, ou a) o governo se ajusta e aumenta os impostos e/ou reduz o gasto, de modo a poder conter o crescimento da dívida ou, b) alternativamente, o processo conduz a alguma forma de moratória da dívida pública". [4]

Demonstram, ainda, que a ocorrência de déficit nas contas públicas, sem que se promovam ajustes necessários à obtenção do equilíbrio, tem efeito danoso sobre o endividamento: "a postergação das medidas destinadas a obter esse ajuste implica a persistência de déficits, que por sua vez geram um aumento da dívida pública, que tende a realimentar através da conta de juros os déficits em períodos subseqüentes, tornando o ajustamento requerido progressivamente maior". [5]

Nessa perspectiva, a manutenção do equilíbrio das contas públicas e a prevenção de ações governamentais deficitárias seriam indispensáveis para o controle do endividamento público e representariam pressupostos para o desenvolvimento.

3. Com outra visão do tema, RICARDO LOBO TORRES anota que "O problema da necessidade do equilíbrio orçamentário é profundamente ideológico e sujeito às vicissitudes da realidade econômica". [6]

Esclarece que a busca do equilíbrio orçamentário não é objetivo unânime: a teoria keynesiana, por exemplo, postula orçamentos deficitários em épocas de recessão. Bem por isso, afirma que "o princípio do equilíbrio orçamentário, ainda quando inscrito no texto constitucional, é meramente formal, aberto e destituído de eficácia vinculante: será respeitado pelo

---

[2] Finanças Públicas, 2ª ed. , Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2000, p. 210.

[3] Os autores descrevem o caso do financista Charles Ponzi, que em Boston, na década de 1920, tomava empréstimos pagando juros elevados e os pagava com novos empréstimos similares, chegando a um ponto limite em que não mais obteve os empréstimos necessários e todo o sistema veio abaixo (ob. cit. , p. 211).

[4] Ob. cit. , p. 211.

[5] Ob. cit. , p. 222.

[6] Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, v. V, 2ª ed. , Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 283.

legislador se e enquanto o permitir a conjuntura econômica, mas não está sujeito ao controle jurisdicional". [7]

Isso não significa defender atuação governamental deficitária nem rejeitar mecanismos que induzam o equilíbrio orçamentário. Conduz apenas à conclusão de que o rígido equilíbrio orçamentário não é dogma indisputável nem mesmo em face das teorias econômicas. Menos ainda pode ser extraído como valor consagrado de modo intangível pela Constituição Federal (CF). A interpretação da LRF não deve deixar de tomar em conta que, além de regras que materializam o princípio do equilíbrio orçamentário, a CF contém um sistema de outros princípios e valores que pautam a atuação do Estado. Não será cabível interpretar a LRF exclusivamente à luz do seu objetivo central de equilíbrio fiscal. Esse objetivo deve ser buscado sem que se descure de outras determinantes constitucionais – p. ex. , solidariedade, erradicação da pobreza e das desigualdades regionais – que afetam as escolhas econômicas do Estado.

4. É ainda de RICARDO LOBO TORRES a afirmação de que "A CF 88 fez a opção pelo princípio do equilíbrio econômico, *sob a reserva do possível*. Aderiu, induvidosamente, à idéia da necessidade do equilíbrio orçamentário, a se viabilizar pela legislação ordinária; mas não lhe pretendeu atribuir eficácia vinculante, pois permitiu o endividamento, ainda que limitado". [8] Com isso, a Constituição assegurou a possibilidade de endividamento público sustentável como instrumento de desenvolvimento. JOSÉ AFONSO DA SILVA vai mais adiante, apontando que "A Constituição não contempla o princípio do equilíbrio orçamentário, pelo que se pode dizer, hoje, que ele desapareceu". A justificativa é a mesma teoria keynesiana já exposta acima: não seria cabível pensar-se em orçamento equilibrado ano a ano, já que os ciclos da economia poderiam exigir atuações deficitárias do Poder Público em determinados períodos. [9]

GIAMBIAGI e ALÉM esclarecem que o problema do endividamento, em termos de finanças públicas, não está na própria existência nem a dimensão da dívida mas na sua relação com o Produto Interno Bruto (PIB). Na medida em que o PIB aumenta, é suportável elevação proporcional da dívida pública. Insustentável é a existência de dívida pública em economias estagnadas ou de crescimento insuficiente. [10]

---

[7] Ob. cit. , p. 282. Nesse ponto, afirma ainda que "Não pode a Constituição determinar obrigatoriamente o equilíbrio orçamentário, posto que este depende de circunstâncias econômicas aleatórias. Demais disso, implicaria subverter o princípio da neutralidade ideológica da Constituição, pela adoção de ponto de vista neoliberal e pela proibição de eventual retorno à política deficitária que viesse a ser recomendada pelos keynesianos".

[8] Ob. cit. , p. 286. TORRES produz uma importante e detalhada resenha das disposições constitucionais acerca do equilíbrio orçamentário nas pp. 286/290 de sua obra.

[9] Curso de direito constitucional positivo, 16ª ed. , São Paulo, Malheiros, 1999, p. 715.

[10] Ob. cit. , p. 212. GIAMBIAGI e ALÉM apontam que outros pontos relevantes são a composição e o custo da dívida pública. Uma dívida longa e de baixos juros, ainda que mais

Há uma função de interesse público no endividamento. Trata-se de mecanismo de ampliação das capacidades de financiamento da atuação do Estado. Em lugar de obrigá-lo a um equilíbrio imediato de contas, limitando suas despesas às receitas, permite-se ao Estado assumir (controladamente) dívidas que o capacitem a elevar seu potencial de investimento. A CF assume o papel de impor limites a esse endividamento, evitando a escolha pelo caminho fácil da ampliação do déficit mas não impedindo por completo a adoção de mecanismos de endividamento pelo Estado.

A exacerbação do endividamento – com o conseqüente desequilíbrio acentuado das contas públicas – é hoje combatida de modo generalizado. A superação do Estado intervencionista, cujo sucesso na prestação de utilidades conduziu precisamente à crise fiscal que o inviabiliza (ao menos em suas feições clássicas), reacende as preocupações com o equilíbrio orçamentário. [11] Após examinar a evolução do perfil do Estado, RICARDO LOBO TORRES afirma que "O Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 (art. 1º), por conseguinte, afirma-se sobretudo na via do orçamento, com o controle dos gastos públicos, o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais e certa regulação do social e do econômico, configurando-se como Estado Democrático e Social Fiscal". [12]

b) As formas de endividamento público e o papel institucional da União em face das dívidas dos Estados, Distrito Federal e Municípios

5. Nem sempre o endividamento público ocorre de modo direto e transparente.

O endividamento deriva necessariamente da circunstância de o ente público realizar despesas superiores às suas receitas. Esse descompasso entre receitas e despesas é possível apenas em face de uma de duas condições: ou, no caso da União, há a emissão de dinheiro para fazer frente às despesas, ou, no caso de qualquer dos entes, há a concessão de crédito por alguém. O endividamento é uma das formas de financiamento desse descompasso. Para os Estados, Distrito Federal e Municípios, que não emitem moeda, é o único mecanismo para esse financiamento.

GIAMBIAGI e ALÉM formulam, a esse respeito, raciocínio interessante: se, em termos simplificados, a despesa supera a receita, é porque alguém concedeu crédito ao Poder Público, *voluntária ou involuntariamente*. Dentre as fontes de crédito que citam estão (a) empréstimos da União, através de instituições financeiras oficiais, (b) empréstimos do mercado financeiro mediante a aquisição de títulos da dívida pública, (c) empréstimos externos, (d)

---

elevada em relação ao PIB, é obviamente mais inofensiva que outra menor mas com perfil mais curto e custoso.

[11] Sobre o tema, cf. RICARDO LOBO TORRES, ob. cit. , esp. pp. 56/57.

[12] Ob. cit. , p. 19.

fornecedores de bens ou serviços, que deixam de receber tempestivamente e (e) servidores ou empregados públicos, cujas remunerações são atrasadas. [13]

Bem por isso, a LRF não se ocupa apenas das fontes formais de financiamento. Contém regras acerca da inscrição de valores em Restos a Pagar (art. 42) e sobre o atraso no pagamento de precatórios (art. 30, § 7º). Equipara a operações de crédito (e as proíbe) certas avenças entre o Poder Público e fornecedores (art. 37, III e IV).

6. Ainda em termos de pressupostos econômicos, há um último ponto a destacar, relacionado com a importância e os efeitos da dívida pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em 1999, a dívida líquida do setor público no Brasil era de 42,6% do PIB. Desse total, 32,7% do PIB correspondiam à dívida interna (a dívida externa, de 9,9% do PIB, era quase integralmente titularizada pela União). A dívida estadual e municipal correspondia a 14,7% do PIB, ou quase metade da dívida interna. Esse valor correspondia a mais de 2,5 vezes o valor proporcional da dívida estadual e municipal sobre o total da dívida pública em 1990. [14]

GIAMBIAGI e ALÉM anotam que a dificuldade de controle do endividamento estadual e municipal relaciona-se com a ausência de comprometimento desses entes políticos com objetivos de estabilização econômica geral – tarefa que é institucional e juridicamente atribuída à União. [15]

A União vale-se de uma variedade de mecanismos para interferir direta ou indiretamente na capacidade de endividamento dos Estados, Distrito Federal e Municípios. O financiamento de déficit desses entes depende fundamentalmente de crédito. O acesso de tais entes às fontes formais de crédito – em especial, às instituições financeiras e às agências externas de crédito – é sujeito a regras, condicionamentos e limites postos pela União. É o que se passa com a regulação federal do mercado financeiro ou na submissão ao Senado Federal dos pedidos de autorização para as operações de crédito externo. [16]

---

[13] Ob. cit. , pp. 333/334.

[14] GIAMBIAGI e ALÉM, ob. cit. , pp. 220/221.

[15] Ob. cit. , p. 331. GIAMBIAGI e ALÉM anotam, ainda, que, por mais que atuem de modo deficitário, os Estados e os Municípios não quebram. Segundo os autores, "situações de desequilíbrio agudo das finanças estaduais ou locais sempre tenderam a ter como desfecho uma das duas seguintes situações. Ou, em algum momento, o estado ou a prefeitura se ajustaram – cortando despesas e/ou aumentando os impostos sob a sua alçada -; ou, alternativamente, a conta foi transferida para o governo federal, que 'reequilibrou' a situação financeira da unidade subnacional, (a) assumindo parte do passivo desta, isto é, federalizando sua dívida com credores privados; ou (b) perdoando, total ou parcialmente, dívidas assumidas com o governo federal ou instituições federais" (ob. cit. , p. 334).

[16] Cf. GIAMBIAGI e ALÉM, ob. cit. , pp. 335/336.

Esses mecanismos dirigem-se basicamente ao controle da dívida fundada (relacionada com investimentos e de prazo mais longo). A dívida não-fundada (flutuante), como a que se refere ao atraso do pagamento de fornecedores ou servidores, dificilmente é controlável pela União. Seu controle é feito de modo indireto, através da contenção das fontes de receita que dão base a esse endividamento informal[17]. A LRF segue nesse sentido, reforçando as limitações de acesso a operações de antecipação de receita orçamentária (ARO) – art. 38.

c) Os "pilares" da Lei de Responsabilidade Fiscal

7. Os itens anteriores destinaram-se a fornecer noções fundamentais do contexto econômico em que foi concebida a LRF. A edição da Lei resultou de um programa de estipulação de critérios para o equilíbrio fiscal, a partir da experiência (considerada bem sucedida pelo governo federal) da Nova Zelândia, de 1994[18].

RICARDO LOBO TORRES ressalta especialmente os defeitos da proposta original do Poder Executivo, que considera haver sido muito aprimorada pela intervenção do Congresso Nacional. Aponta haver, fundamentalmente, dois sistemas de controle do equilíbrio orçamentário. Pelo sistema americano, o controle se faz por metas, com cortes de certas despesas por frustração da receita ou excesso de outras despesas. O sistema neozelandês controla os meios (critérios de credibilidade, integridade e transparência), não as metas quantitativas. [19]

8. Conquanto vinculada, na origem, à experiência neozelandesa, a LRF não se restringe apenas a esse sistema de controle.

De fato, consagra a *transparência* – com deveres explícitos de registro e divulgação de informações e o estímulo ao controle social e à participação popular – como um de seus postulados de gestão fiscal responsável. Exige o planejamento e a previsibilidade da gestão de recursos públicos.

Porém, o art. 1º, § 1º, estipula expressamente que a ação "planejada e transparente" do Poder Público dar-se-á "mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar".

---

[17] GIAMBIAGI e ALÉM explicam que os fornecedores não concederão "crédito" (ou seja, suportarão a demora no pagamento) se reputarem que os Estados, Distrito Federal e Municípios não terão acesso a outras fontes de receita (impostos, empréstimos, emissão de títulos etc.) para o pagamento eventual de tais créditos (ob. cit. , p. 336).

[18] A origem da LRF na *Fiscal Responsibility Act* da Nova Zelândia é anotada por GIAMBIAGI e ALÉM (ob. cit. , pp. 192/193) e por RICARDO LOBO TORRES (ob. cit. , pp. 72, 309/310 e 324/325).

[19] Ob. cit. , pp. 324/325.

Os mecanismos adotados pela LRF vão além do modelo neozelandês referido por RICARDO LOBO TORRES. Aproveitando-se da experiência tradicional brasileira na fixação de limites e condições de endividamento público pelo Senado Federal, a LRF aproxima-se do sistema americano de controle de metas. Há regras rígidas sobre os efeitos dos limites nas várias espécies de despesas e operações – inclusive com conseqüências graves (cuja validade e amplitude serão investigadas mais à frente) para os particulares que contratam com o Poder Público.

9. Portanto, a *transparência na gestão fiscal* é um dos "pilares" em que se assenta o sistema instituído pela LRF. Pressupõe-se que o planejamento e a divulgação de informações, a partir de relatórios minuciosos que os entes públicos devem remeter aos órgãos de controle, consista em fator de estímulo ao controle social das finanças públicas. Além disso, há reforço ao papel desses órgãos de controle (especialmente os Tribunais de Contas), dos quais se exige participação ativa e atenta e acompanhamento minucioso da conduta dos entes controlados. [20]

Outro "pilar" diz respeito ao *controle das receitas*. Há regras rigorosas sobre as renúncias fiscais e mecanismos de desestímulo aos incentivos fiscais baseados em redução ou supressão de tributos.

Há, ainda, "pilar" consistente em um sistema detalhado de *limitação de despesas*. Prevêem-se regras atinentes às despesas com pessoal – inclusive com a ampliação do próprio conceito tradicional de pessoal, ao menos para os efeitos da LRF – e a outros dispêndios (como transferências voluntárias e emprego de recursos públicos em atividades de fomento de entes privados).

Por fim, há um conjunto sistemático de regras (que constituem o quarto "pilar") relacionadas com o *endividamento público*. Nesse campo estão a disciplina das operações de crédito, das operações de ARO, as limitações quantitativas das dívidas consolidada e mobiliária, as regras sobre a concessão de garantias e os critérios para inscrição de débitos em restos a pagar.

10. O presente estudo dirige-se fundamentalmente ao exame da disciplina do endividamento público segundo as disposições da LRF. De modo preliminar, tratará de dois tópicos atinentes ao controle de despesas (transferências voluntárias e destinação de recursos ao setor privado), cujo regime interfere no tratamento do endividamento público.

II – QUADRO CONSTITUCIONAL DO ENDIVIDAMENTO FISCAL

[20] Embora a LRF não tenha essa preocupação imediata, a transparência, com planejamento e fiscalização, podem ser igualmente instrumentos para o controle da realização de metas sociais do Poder Público, tais como dispêndios e resultados nas áreas de educação, saúde pública e assistência social.

a) A partilha de competências constitucionais em face do endividamento público

11. O art. 163 da CF atribui à União competência para a edição de lei complementar que veicule *normas gerais* sobre, entre outros pontos, "finanças públicas" (inciso I), "dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público" (inciso II), "concessão de garantias pelas entidades públicas" (inciso III) e "emissão e resgate de títulos da dívida pública" (inciso IV). O art. 165, § 9º, II, também atribui à lei complementar a matéria de "normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos". [21]

Conquanto editada pelo Poder Legislativo da União, essa lei complementar prevista no art. 163 da CF não tem caráter *federal*, mas *nacional*. [22] Dirige-se a todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). É irrelevante que tais normas gerais venham postas em um ou mais diplomas legislativos. O art. 163 produz uma *reserva material* de lei complementar formal sobre esses temas. Qualquer norma geral nesse campo deve ser veiculada por lei complementar. E apenas pode ser *revogada* por lei formalmente complementar.

O conceito de *normas gerais* é tormentoso. Reportamo-nos à noção exposta por MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem se trata de conceito jurídico indeterminado, em que se pode identificar zonas de certeza (positiva e negativa) e zona de penumbra. [23] Somente em face de uma determinada norma é que se pode aferir a extrapolação ou não da competência da União nos termos do art. 163 da CF. O que se pode identificar, em abstrato, é que as normas gerais (a) vocacionam-se a vincular todos os entes políticos, (b) pautam-se por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na estipulação de regras sobre a ação de tais entes políticos e (c) não podem violar princípios ou regras da CF, como o princípio federativo, o princípio da autonomia dos Municípios ou o da isonomia entre os entes políticos.

12. Portanto, há uma competência normativa da União nesse campo. Essa competência é justificada (extrajuridicamente) pelo papel da União como gestora global da economia nacional e pela relevância do endividamento público na administração da economia. Traduz-se constitucionalmente na centralização, na União, de competências relacionadas com essa atuação em face da economia (art. 21, VII, VIII, IX e art. 22, VI, VII, da CF) e para a edição de normas gerais sobre direito financeiro (art. 24, I, e § 2º, da CF).

---

[21] Como será visto adiante, o art. 165 alude à edição de normas destinadas apenas à Administração federal. Porém, por se tratar de matéria relativa a finanças públicas, insere-se na competência do art. 163, I, no que se refere a normas gerais.

[22] Sobre a distinção, cf. JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Lei complementar tributária, São Paulo, RT, 1975, p. 68.

[23] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed. , São Paulo, Dialética, pp. 17/18.

Essa competência normativa não exclui a dos demais entes políticos – até mesmo por força do art. 24, § 2º, e do art. 30, II, da CF. O endividamento relaciona-se, em última análise, com a administração do patrimônio próprio dos entes políticos. Não é cabível que as normas gerais da União cheguem ao ponto de suprimir a autonomia de Estados, Distrito Federal e Municípios. Se o que justifica a edição de normas gerais sobre endividamento é a relevância global da dívida pública sobre a economia, esta deve ser um *limite* ao conteúdo de tais normas. Não se trata de submeter os entes políticos às determinações da União mas de reconhecer que, em certos campos, o interesse protegido pelas normas de direito financeiro transcende os limites locais.

13. Porém, a CF foi cuidadosa ao atribuir em grande parte ao Senado Federal – que representa politicamente e de forma eqüitativa os Estados – diversas competências que afetam de modo mais direto a ação dos entes políticos em relação ao endividamento público. Com isso, conquanto o Senado Federal seja órgão legislativo da União, os próprios representantes dos Estados é que minudenciariam as regras atinentes à dívida pública.

Nos termos do art. 52 da CF, é competência *privativa* do Senado Federal "autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios" (inciso V), "fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (inciso VI), "dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal" (inciso VII), "dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno" (inciso VIII) e "estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (inciso IX). Cabe também ao Senado Federal autorizar a emissão de títulos da dívida pública no caso específico do art. 182, § 4º, III, da CF.

As normas gerais do art. 163 da CF não podem suprimir as competências privativas do Senado Federal. Porém, o art. 52 da CF não impede que sejam editadas normas gerais, através de lei complementar, sobre as matérias objeto de apreciação exclusiva do Senado[24]. As competências do art. 52 e do art. 163 devem ser interpretadas de modo conjugado.

Por outro lado, com exceção do inciso V, as competências do Senado Federal são eminentemente *normativas*. Apenas em relação às operações externas é que o Senado detém competência para praticar atos concretos de *autorização* (que é, por definição, prévia)[25], sempre à luz de interesses de

[24] Em sentido contrário, GERALDO ATALIBA, Empréstimos públicos e seu regime jurídico, São Paulo, RT, 1973, p. 206.

[25] GERALDO ATALIBA ressalta, sob o regime constitucional anterior, que esse ato tem a natureza de "aprovação", ato controlador que faculta a prática de outro (ob. cit. , p. 185).

transcendência nacional[26]. Nos outros campos, não se concebe que o Senado pretenda formular juízo de oportunidade ou conveniência sobre as operações de crédito de interesse dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nessa linha, o art. 21 da Resolução nº 78/98 submete à autorização específica do Senado Federal quatro categorias de operações. Duas delas (incisos I e II) relacionam-se com operações financeiras externas e enquadram-se na competência do art. 52, V, da CF. Porém, as operações de emissão de títulos da dívida pública (inciso III) e de emissão de debêntures ou assunção de obrigações por entidades controladas e dependentes (inciso IV) não têm nenhuma relação com competências *autorizativas* do Senado Federal. Quanto a elas, a competência do Senado (art. 52, VII e IX) é meramente normativa. E não é inerente à competência normativa a de aplicação das normas produzidas através dela. A Resolução nº 78/98 é inconstitucional nesse ponto.

Tais competências são indelegáveis. Nem o próprio Senado Federal pode delegá-las a outrem (como fez, em certos casos, através da RSF nº 78/98), nem a lei pode fazê-lo (como fez a LRF, ao atribuir, de modo inválido, certas competências privativas do Senado Federal ao Presidente da República ou ao Ministério da Fazenda). [27]

12. Outro ponto relevante da partilha constitucional de competências é o que diz com a interação entre Senado Federal e Presidência da República no exercício da competência do art. 52, VI, da CF.

A fixação de limites para a dívida consolidada pelo Senado pressupõe proposta do Presidente da República. A questão é saber quais os efeitos da omissão de um ou de outro.

A formulação de proposta originária não é mais problema real, uma vez que, através da Mensagem MSF nº 154, de 8 de agosto de 2000, o Presidente da República submeteu ao Senado Federal a proposta em questão (prevista no art. 30, I, da LRF). Aliás, nesse ponto, a LRF foi além da competência inserta no art. 52 da CF: determinou que houvesse proposta do Presidente da República também quanto aos incisos VII, VIII e IX do art. 52, em relação aos quais a competência do Senado Federal é plena e incondicionada.

Surgem, a partir daí, dois problemas concretos. O primeiro relaciona-se com a omissão do Senado Federal na apreciação da proposta do Poder Executivo. Na pendência do exame da MSF nº 154/2000, vem-se aplicando a

---

[26] Cf. ATALIBA, ob. cit. , p. 205.

[27] Em texto produzido à luz do regime constitucional anterior, ATALIBA alertava para a invalidade dessa delegação, apontando que "o Senado – no desempenho dessa faculdade – já cometeu excessos e já burlou as exigências sistemáticas da Constituição, ao atribuir faculdades regulamentares a terceiros (. . .) Por outro lado, o Banco Central tem praticado graves usurpações, nessa área, com flagrante infração do texto constitucional" (ob. cit. , p. 193).

Resolução do Senado Federal nº 78/1998[28]. Porém, a demora injustificada na apreciação da proposta não pode converter-se em burla à partilha de competências prevista no art. 52, VI, da CF, e afirmada no art. 30, I, da LRF. A omissão do Senado Federal enseja a intervenção do Poder Judiciário na forma do art. 103, § 2º, da CF (ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

O outro problema diz respeito às alterações necessárias nos limites da dívida consolidada. No que diz respeito especificamente ao inciso V do art. 52 da CF, as propostas de alteração referidas no art. 30, §§ 5º e 6º, da LRF, condicionam a atuação do Senado Federal, que não pode alterar os limites sem prévia proposta do Poder Executivo. O Senado Federal não está restrito a apenas aprovar ou rejeitar a proposta, podendo modificá-la em face de razões de interesse público. Porém, a competência do Senado Federal exaure-se na fixação dos limites a partir de cada proposta específica. Caso contrário, frustrar-se-ia o conteúdo da competência atribuída ao Poder Executivo pelo art. 52, VI, da CF.

Portanto, a omissão do Poder Executivo em formular propostas de revisão dos limites também enseja a intervenção do Poder Judiciário na forma do art. 103, § 2º, da CF. Cabe à Mesa do Senado Federal a propositura de medida com esse fim (art. 103, II, da CF).

Note-se que, quanto aos incisos VII, VIII e IX do art. 52, a competência do Senado Federal não depende de proposta do Poder Executivo. Bem por isso, a ausência de cumprimento dos arts. 30, §§ 5º e 6º, da LRF, não impede qualquer alteração de limites e condições para as operações referidas nesses incisos.

13. A apreciação das regras da LRF deve ser realizada à luz dessa partilha constitucional de competências. Devem ser interpretadas conforme à Constituição ou, eventualmente, rejeitadas por inconstitucionalidade as regras que consagrem ou pressuponham competências diversas.

b) As condicionantes constitucionais do endividamento público (arts. 163, 165 e 167 da CF)

14. A CF contém normas de conteúdo material sobre o endividamento público. Não apenas distribui competências para a produção normativa mas também condiciona o teor dessas normas derivadas.

O art. 163 é fundamentalmente norma de atribuição formal de competência. Dela não se extraem determinações detalhadas sobre o conteúdo das normas a ser produzidas pelos órgãos para tanto legitimados.

O inciso I do art. 163 veicula norma de estrutura de grande generalidade. Alude a "finanças públicas" como objeto da lei complementar.

[28] Alterada pelas RSF nº 93/1998, 19/1999, 22/1999, 28/1999, 40/1999, 74/1999, 58/2000, 62/2000, 63/2000, 64/2000 e 65/2000.

Rigorosamente, os incisos II a IV e VI reconduzem-se àquele. Deve-se considerar que esses incisos têm caráter exemplificativo. Indicam alguns dos temas passíveis de tratamento pelas normas gerais sobre finanças públicas mas não os exaurem. É possível que, nos limites já traçados, a lei complementar trate de matérias não expostas nos incisos II a IV e VI do art. 163 da CF.

15. Há outra norma de atribuição de competência no art. 165, § 9º, II, da CF. Essa norma alude à edição de lei complementar para dispor sobre a gestão financeira e patrimonial da Administração Pública, inclusive sobre o funcionamento de fundos.

Do mesmo modo, trata-se de matéria afeta às finanças públicas. A função desse dispositivo constitucional é apenas reafirmar a competência já prevista no art. 163, I, da CF. Não permite à lei complementar ir além da edição de normas gerais, também sobre gestão financeira e patrimonial.

Esse dispositivo específico pretende dirigir-se apenas à União, permitindo a estipulação de normas que vinculem somente a Administração federal. Insere-se em dispositivo atinente exclusivamente à União, nada indicando sua aplicabilidade aos demais entes políticos. A mera referência a lei complementar não converte o dispositivo em regra legitimadora da edição de normas nacionais, já que *lei complementar* não se confunde com *lei nacional*. Porém, como se apontou, a matéria referida no art. 165, § 9º, II, é abrangida pelo art. 163, I, da CF, pelo que os limites específicos daquele dispositivo perdem relevância prática.

16. As regras de conteúdo material mais relevantes para o tema do endividamento público estão no art. 167 da CF.

O inciso II do art. 167 veda a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Esse é um primeiro limite dirigido ao equilíbrio orçamentário.

O inciso III do art. 167 contém regra fundamental para o equilíbrio do endividamento público. Dispõe ser vedada "a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta". Segundo RICARDO LOBO TORRES, "esse dispositivo, que se propõe a limitar o endividamento público – um dos focos do desequilíbrio orçamentário – inspirou-se no art. 115 da Constituição da Alemanha, que também proíbe os créditos superiores aos gastos de investimento". [29] O sentido da regra é o de vedar operações de crédito para o financiamento de despesas correntes. Ao limitar o montante das operações de crédito ao valor das despesas de capital, a regra estabelece que apenas estas podem ser assim financiadas. Evita-se, com isso, que haja endividamento excessivo, que gera carga a ser suportada por

[29] Ob. cit. , p. 287.

gerações futuras. [30] A dificuldade na distinção entre despesas de capital e correntes[31] pode ser reduzida pela adoção de um critério formal (classificação orçamentária das despesas), o que não dispensa o controle de desvios na classificação. A indeterminação dos critérios de classificação não impede a sua concretização em cada caso.

O art. 167, IV, e § 4º, contém exceções ao princípio da não-afetação de receitas tributárias, consistente na prestação de garantia em operações de antecipação de receita (ARO), na prestação de garantia ou contragarantia em favor da União e para o pagamento de débitos para com esta. O art. 40, II, da LRF materializou essa exceção, prevendo a vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas ou objeto de transferências constitucionais para a prestação de contragarantia pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios em favor da União.

A regra do art. 167, X, é, por um lado, a outra face do disposto no art. 167, III, da CF. As despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista configuram inequivocamente despesas correntes. Se não é cabível a realização de operações de crédito para o financiamento dessas despesas, está implicitamente proibido à União, aos Estados e às suas respectivas instituições financeiras conceder empréstimos (inclusive ARO) para esse fim. Porém, a regra vai além. Proíbe também as transferências voluntárias (art. 25 da LRF) que tenham essa finalidade. Essas transferências são entregas definitivas de recursos, que não configuram operações de crédito. Ainda assim, são proibidas para o custeio de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista.

III – AS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS (ART. 25)

a) A distinção entre transferências voluntárias e compulsórias

17. O art. 25 define as transferências voluntárias como a entrega de recursos correntes ou de capital por um ente político a outro, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira.

Não se confundem com as transferências compulsórias, sobre as quais o ente político não tem poder de disposição. São compulsórias as transferências constitucionais (arts. 157 a 159 da CF), que nem mesmo integram a receita corrente líquida do ente político arrecadador, nos termos do art. 2º, IV, da LRF, as destinadas ao Sistema Único de Saúde – SUS e outras que derivem de disposição legal.

---

[30] O raciocínio, que se aproxima das concepções acerca de desenvolvimento sustentável produzidas no direito ambiental, é exposto por RICARDO LOBO TORRES (ob. cit. , p. 242).

[31] Essas definições constam do art. 12 da Lei nº 4. 320, de 17 de março de 1964.

Por se tratar de exercício de função administrativa, a realização de transferências voluntárias sujeita-se aos princípios do art. 37, *caput*, da CF, inclusive ao princípio da legalidade. Não há, também neste campo, liberdade para a Administração. Porém, não há dever legal de promover a transferência voluntária. Deve haver apenas dotação orçamentária e autorização legislativa, que pode consistir em legitimação genérica para a adoção de iniciativas de cooperação, fomento ou auxílio por parte da Administração. Ademais, embora haja opiniões dissonantes, predomina o entendimento de que a previsão orçamentária não gera, por si só, dever de realização da despesa nem direito subjetivo ao beneficiário em potencial. [32]

b) A definição da natureza dos recursos transferidos

18. A definição da natureza dos recursos transferidos baseia-se na finalidade da transferência[33]. Nos termos do § 2º do art. 25, a finalidade da transferência deve ser declarada e é vinculante para o ente beneficiário. Essa finalidade é determinante para a fixação da natureza dos recursos. Os recursos serão classificados conforme as despesas a ser enfrentadas. Essa classificação depende, portanto, do beneficiário, não de condições próprias do ente que promove a transferência. Para este, serão transferências correntes ou de capital conforme o destino que lhes deva dar o beneficiário (art. 12, §§ 2º e 6º, da Lei nº 4. 320/64).

c) Requisitos para a realização de transferências voluntárias

19. A LRF relaciona requisitos para que seja cabível a transferência voluntária (art. 25, § 1º). São requisitos diretamente relacionados com o princípio da legalidade (existência de dotação orçamentária), com vedações constitucionais (proibição de destinação para despesas com pessoal – art. 167, X, da CF) e com o exercício de um *poder de controle*[34] por parte do ente que promove a transferência (inciso IV, alíneas "a" a "c").

Esses últimos requisitos (inciso IV) não são diretamente relacionados com as transferências voluntárias, que nem mesmo se caracterizam como operações de crédito. Porém, correspondem a oportunidades de controle adicional sobre o cumprimento de disposições atinentes à limitação de despesas e endividamento e à destinação constitucional de recursos. Sob certo ângulo, têm uma função de *sanção premial*: representam estímulo ao cumprimento dessas disposições por parte dos entes que pretendem obter transferências voluntárias. É questionável que se possam estipular requisitos com essa finalidade. Porém, podem ser reputados legítimos na medida em que não inovam em relação aos deveres jurídicos do ente beneficiário e valem-

---

[32] Sobre o tema, ampliar em RICARDO LOBO TORRES, ob. cit. , p. 76.

[33] CARLOS PINTO COELHO MOTTA, JAIR EDUARDO SANTANA, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES e LÉO DA SILVA ALVES, Responsabilidade Fiscal, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 176.

[34] A noção se aproxima da exposta por MARÇAL JUSTEN FILHO em Sujeição Passiva Tributária, Belém, Cejup, 1986, p. 284, acerca da posição jurídica do responsável tributário.

se do dito *poder de controle* para realizar tarefa de competência comum dos entes políticos (art. 23, I, da CF).

O item "d" do inciso IV prevê, ainda, a existência de contrapartida do ente beneficiário. Não há limite mínimo para a contrapartida, que deverá ser aferida em face da condição específica de cada caso. Vedam-se, porém, as transferências voluntárias sem ônus para o ente beneficiário.

Foi vetado o inciso II do art. 25, que previa a existência de convênio como requisito para a transferência. Reputou-se que essa formalidade afetaria programas já existentes que operam adequadamente sem ela.

d) A questão do atendimento ao art. 167, X, da CF (conceito de despesas com pessoal e o art. 18, § 1º, da LRF)

20. A única vedação constitucional explícita relacionada com as transferências correntes diz respeito à utilização dos recursos para o pagamento de despesas com pessoal. São vedadas transferências voluntárias para esse fim.

A questão assume novo contorno em face do art. 18, § 1º, da LRF. Esse dispositivo prevê que são despesas com pessoal (contabilizadas como "outras despesas de pessoal") os "valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos". Passam a ser reputadas despesas com pessoal – e, portanto, inserem-se na vedação do art. 167, X, da CF – as destinadas a prestadores de serviços, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, sempre que verificada a hipótese do art. 18, § 1º, da LRF. [35]

e) A comprovação e a verificação dos requisitos para as transferências

21. A comprovação dos requisitos deve ser realizada perante o próprio ente que pretende promover a transferência. Não se trata de operação sujeita a autorização prévia pelo Senado Federal. Ao contrário: insere-se na esfera de autonomia dos entes políticos, que apenas se submetem às normas gerais da LRF.

O cumprimento de limites e determinações constitucionais deve ser comprovado por meio de documentação apropriada. O art. 13 da RSF nº 78/98 contém regras detalhadas sobre o tema e pode ser adotado como parâmetro. Quanto ao cumprimento dos limites referidos do item "c" do inciso IV do art. 25, uma solução possível é prevista na RSF nº 62/2000. A norma prevê que os pleitos de autorização para operações de crédito serão instruídos com "certidão, emitida pelo respectivo Tribunal de Contas, de que o pleiteante

---

[35] **Sobre o tema, cf. MARIA CRISTINA CESAR DE OLIVEIRA DOURADO, "Despesa com Pessoal na Emenda Constitucional n° 19/98 e na Lei de Responsabilidade Fiscal", que integra este volume.**

cumpre o disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000". Caberá aos Tribunais de Contas organizar-se para o fornecimento de certidões atualizadas e consistentes para esse fim.

f) Vedação da tredestinação: efeitos de sua apuração

22. O § 2º do art. 25 veda a utilização dos recursos em finalidade diversa da pactuada. A referência a um "pacto" resulta da previsão (vetada) de convênio entre os entes. Não havendo convênio, desaparece a necessidade de atuação consensual dos entes políticos. Pode haver mera adesão do ente beneficiário a um programa de transferências sujeito a regulamento próprio.

De qualquer modo, é indispensável a definição de uma finalidade para as transferências. A LRF proíbe a tredestinação mas não lhe comina explicitamente as sanções. A primeira, que se extrai do contexto da lei, é a proibição de novas transferências, tendo em vista a impossibilidade de atendimento do § 1º, inciso IV, "a", do art. 25. A outra conseqüência é a rescisão da transferência, com a reposição do estado anterior. Caberá ao ente beneficiário restituir os recursos recebidos. Cada ente político é competente, no âmbito de suas atribuições, para regular as conseqüências da tredestinação em relação às transferências voluntárias que efetua.

g) A suspensão das transferências voluntárias como sanção: exceções legais e seus efeitos práticos

23. O art. 23, § 3º, proíbe transferências voluntárias em favor de entes políticos que descumprirem as normas sobre limites de despesas com pessoal, em certos casos. O art. 31, § 2º, proíbe o recebimento de transferências voluntárias pelo ente político que descumprir as regras acerca da recondução da dívida aos limites fixados pelo Senado Federal. O § 3º do art. 33 estende essa sanção também ao ente político que deixar de promover o cancelamento de operação de crédito indevidamente contratada com instituição financeira.

Nos termos do art. 25, § 3º, essas sanções não atingem as transferências voluntárias relativas a ações de educação, saúde e assistência social. Embora essa exceção possa impedir a efetividade prática da sanção em muitos casos, trata-se de materialização de princípios e objetivos fundamentais da República consagrados nos arts. 1º, III, e 3º, I e III, da CF. Baseia-se na constatação de que os beneficiados por tais programas de assistência não podem ser penalizados por defeitos na administração do ente beneficiário da transferência.

A inclusão dessa regra frustra, de certo modo, a aplicação do requisito do § 1º, inciso IV, "c", do art. 25, no que se refere às transferências voluntárias com essas finalidades específicas. É que o descumprimento dos limites e demais determinações da LRF não pode conduzir ao impedimento de tais transferências. Não é cabível, portanto, que um ente político recuse-se a promover a transferência voluntária nessas áreas sob o fundamento de que o ente beneficiário teria descumprido o item "c" do § 1º, inciso IV do art. 25. O

requisito somente é inteiramente aplicável às transferências que tenham por finalidade o financiamento de despesas em outras áreas.

h) A questão da irrazoabilidade de sanções tendo por objeto as transferências voluntárias (sufocamento do ente político beneficiário)

24. Opõe-se a essas sanções o argumento de que confundiriam a população do ente beneficiário com seus governantes, punindo aqueles pela má conduta destes.

Rigorosamente, isso nada teria de indevido. O princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF) opera também nesse sentido. Se o povo é representado por seus governantes eleitos, não haveria porque devessem ser protegidos por outro ente político em relação a esses mesmos governantes.

De qualquer modo, a LRF adotou solução razoável e eqüitativa. Permitiu sanções relacionadas com a suspensão de transferências voluntárias mas, por outro lado, retirou de sua hipótese de incidência as transferências destinadas a despesas em áreas especialmente sensíveis. A solução não parece passível de qualquer objeção.

MARIA CRISTINA CESAR DE OLIVEIRA DOURADO, examinando o art. 23, §§ 3º e 4º, da LRF, arguta e procedentemente aponta que a regra é desarrazoada por impor a todo o ente político a sanção de suspensão de transferências voluntárias em razão de qualquer dos Poderes ou órgãos referidos no art. 20 haver ultrapassado os limites com despesas de pessoal[36]. A crítica se aplica também às hipóteses do art. 31, § 2º, e do art. 33, § 3º, da LRF. Embora os defeitos de conduta possam referir-se a Poderes, órgãos ou pessoas jurídicas específicos, a vedação de transferências voluntárias é ampla e atinge todo o ente político a que esses se vinculam. Em solução legislativa de extremo rigor, cria-se uma "solidariedade" entre tais Poderes, órgãos e pessoas no controle do atendimento às condições para despesas e endividamento.

IV – A DESTINAÇÃO DE RECURSOS AO SETOR PRIVADO

a) A LRF e a função pública de fomento (aspecto da função administrativa)

25. A LRF contém regras específicas sobre o endividamento público relacionado com a destinação de recursos públicos ao setor privado. O art. 26 submete a condições estritas a entrega de recursos a pessoas físicas que não integrem a Administração pública direta ou indireta.

[36] Ob. cit. , neste volume.

A regra não diz respeito propriamente (ou, pelo menos, não exclusivamente) à função pública de fomento. FERNANDO GARRIDO FALLA define a atividade de fomento como "aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público protegendo ou promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfazem"[37]. GARRIDO FALLA identifica as vantagens de caráter financeiro como uma das formas de manifestação da atividade administrativa de fomento. Nessa categoria estariam as subvenções, gênero de transferências financeiras definitivas ou temporárias (empréstimos)[38].

O art. 26 não se ocupa sistematicamente da função administrativa de fomento. Dirige-se a certos supostos específicos relacionados com a cobertura, direta ou indireta, de "necessidades de pessoas físicas" ou de "déficits de pessoas jurídicas".

26. É evidente que essa destinação, conquanto dirigida a pessoas privadas, somente pode ter por fundamento razões de interesse coletivo. Não se trata de destinar recursos públicos a pessoas privadas apenas em face de suas necessidades ou déficits. Qualquer atuação do Poder Público nesse campo pressupõe o emprego de recursos públicos em atividades de interesse público. É possível que, em certos casos, a utilização desses recursos produza efeitos correspondentes aos das atividade de fomento. Porém, isso não está no núcleo do art. 26. O dispositivo não estabelece um regime geral dos aspectos financeiros da atividade administrativa de fomento, apenas estipula regras sobre o socorro financeiro de pessoas privadas e a destinação de recursos para o setor privado em ainda outros casos.

b) Os casos de destinação de recursos: interpretação restritiva ou ampliativa

27. O *caput* do art. 26 alude expressamente a dois casos de destinação de recursos a pessoas privadas: a cobertura de *necessidades de pessoas físicas* e *déficits de pessoas jurídicas*.

Isso não significa a proibição de destinação de recursos públicos a pessoas privadas em outros casos. Essa conclusão seria extraída do art. 26 por um raciocínio *a contrario*, que somente é aplicável nos campos normativos caracterizados por tipicidade fechada, como o direito penal ou o direito tributário, e deve ser manejado com cautela[39]. Esse raciocínio não é aplicável à LRF, que não tem a vocação de estabelecer um catálogo exaustivo das formas de emprego de recursos públicos. O art. 26 apenas estabelece que, nos casos nele previstos, devem ser adotadas as providências que estipula.

---

[37] Tratado de Derecho Administrativo, v. II, 10ª ed. , Madrid, Tecnos, 1992, pp. 300/301 (original em espanhol).

[38] Ob. cit. , pp. 308/309.

[39] MARIA HELENA DINIZ, As lacunas no direito, 2ª ed. , São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 177/178.

28. Os casos de aplicação do art. 26 estão suficientemente descritos no *caput*. Trata-se de situações de dificuldade financeira de pessoas privadas, em que o Poder Público intervém em seu socorro.

Essa forma de destinação de recursos públicos sujeita-se aos limites e às condições do Capítulo VI da LRF, inclusive à prévia estipulação de condições pela lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e constar de previsão orçamentária. Outras formas de destinação de recursos às pessoas privadas – como os auxílios indiretos mediante isenções ou benefícios tributários – submetem-se a controles diversos ou são ignoradas pela LRF.

c) conteúdo da lei específica prevista no art. 26, caput

29. O socorro previsto no art. 26 depende da verificação de uma condição peculiar: deve haver autorização por *lei específica*.

A LRF não estipula os limites dessa lei específica. Não estabelece se deve haver autorização legislativa para cada caso concreto ou para uma generalidade de casos. Tal como se dá quanto ao conceito de *normas gerais*, também o de *lei específica* contém certo caráter de indeterminação. É possível saber que não seria específica uma lei que meramente reproduzisse a redação do *caput* do art. 26, autorizando genericamente o socorro a pessoas privadas nas situações de dificuldade. Por outro lado, a exigência de autorização legislativa caso a caso pode ser excessiva – e, de todo o modo, poderia frustrar a aplicação da isonomia na destinação de tais recursos públicos. Pode-se cogitar de uma solução intermediária, consistente na definição, por lei específica (ou seja, editada precisamente para esse fim), de determinadas categorias de situações concretas em que a atuação do Poder Público pudesse vir a ocorrer. Isso não impede que, diante de uma situação concreta (p. ex. , uma calamidade que venha a atingir a população de determinada região), uma autorização legal com maior grau de especificidade venha a ser editada.

d) Abrangência do art. 26: Administração direta e (ou) indireta

30. O § 1º do art. 26 determina que o *caput* aplica-se a toda a Administração indireta. Isso significa que se aplica *também* a esta, além de aplicar-se à própria Administração direta. Não haveria sentido em que as regras de limitação de destinação de *recursos públicos* ficassem restritas à Administração indireta.

No âmbito da Administração indireta, o § 1º exclui da aplicação do dispositivo as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil, desde que no exercício de suas atribuições específicas. Assim, as instituições financeiras oficiais não se submetem à regra na medida em que atuem de modo coerente com o mercado financeiro, operando tal como qualquer outra instituição financeira. Porém, uma atividade de mero auxílio (não de empréstimo ou financiamento) por parte de uma instituição financeira oficial pode submeter-se ao art. 26. É que não se estaria diante de uma atribuição precípua da instituição financeira. O mesmo se dá quanto ao Banco Central do Brasil, que

se submete ao art. 26 sempre que o auxílio que pretender prestar a entidades privadas ultrapassar os limites de sua atribuição específica.

e) O teor exemplificativo do art. 26, § 2º

31. A regra destina-se a cobrir qualquer forma de destinação de recursos. Quanto a esse aspecto, o dispositivo é abrangente. Nenhuma forma de destinação de recursos, direta ou indireta, desde que para as finalidades indicadas no art. 26, está excluída das previsões desse dispositivo.

Assim, compreende-se que o § 2º do art. 26 tem caráter exemplificativo. Alude a certas formas de destinação (empréstimos, financiamentos, refinanciamentos, prorrogações, composição de dívidas, concessão de subvenções e participação societária), sem excluir outras. O relevante é que se trate de destinação de recursos públicos a pessoas privadas, em face dos motivos determinados legalmente previstos. Diante dessa hipótese, incidem as determinações do dispositivo quanto aos controles prévios à transferência de recursos.

f) A conjugação dos arts. 26 e 27: as hipóteses de concessão de crédito por entes da Federação e a questão do controle das pessoas jurídicas

32. O art. 27 tem abrangência material maior que a do art. 26. Não se aplica apenas aos casos de socorro, mas a qualquer caso de concessão de crédito por parte de ente político (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, incluindo as pessoas referidas no art. 1º, § 3º, I) a pessoa física ou a pessoa jurídica que não integre a Administração como entidade controlada.

Não basta que a pessoa jurídica apenas não seja controlada pelo ente que concede o crédito. Se se tratar de pessoa controlada por outro ente, o art. 35 da LRF[40] veda qualquer operação de crédito por parte de qualquer ente político. A pessoa jurídica deve ser, portanto, entidade privada, alheia à Administração Pública.

O art. 27 diz respeito mais proximamente à destinação de recursos com a finalidade de fomento. Aponta que haverá a cobrança de encargos financeiros, comissões e outras despesas, que não serão inferiores aos definidos na lei ou, no mínimo, ao custo de captação.

As operações sujeitas a essa regra não se confundem com as previstas no art. 26. Neste, trata-se de operações de socorro, autorizadas por lei específica e que nem mesmo envolvem, necessariamente, a destinação de recursos sob a forma de concessão de crédito. No art. 27, trata-se de créditos públicos em favor de pessoas privadas (sempre por razões de interesse público), que não devem gerar prejuízo ao Poder Público, assegurando remuneração no mínimo equivalente ao custo de captação.

[40] O conteúdo e a validade da regra serão discutidos abaixo.

g) conteúdo e a finalidade da lei específica exigida no art. 27, parágrafo único

33. Também o art. 27, parágrafo único, prevê a edição de uma lei específica, desta feita para autorizar prorrogações ou composições de dívidas ou operações de crédito sem a cobrança plena dos encargos previstos no art. 27, *caput*.

A regra geral consiste na outorga de crédito mediante as condições financeiras previstas no *caput*, ou seja, sem prejuízo para o Poder Público. Porém, a LRF abre caminho para que a lei própria do ente concedente do crédito estipule condições distintas. Não se trata de, através da lei, ampliar a hipótese do art. 27 para incluir entidades controladas pelo ente que concede o crédito. Estas já estão fora da aplicação da regra e se submetem apenas às regras gerais de limites de endividamento. A lei específica (à qual se aplicam os comentários a propósito do art. 26) tem por finalidade autorizar (a) a alteração das condições de prazo da operação original, prorrogando-a ou compondo diferentemente a dívida dela decorrente ou (b) a concessão originária de crédito em condições financeiras mais favoráveis para o beneficiário do crédito que as previstas no *caput* do art. 27.

Como, em qualquer desses casos, há ganho para o beneficiário do crédito e, conseqüentemente, perda para o Poder Público, essa diferença deve ser considerada como *subsídio* e assim ser consignado na lei orçamentária. Ou seja, deve haver previsão orçamentária desse benefício para os particulares. Embora a LRF não o diga expressamente, o benefício pode vir previsto na Lei Orçamentária Anual (LOA) ou em lei específica de crédito adicional.

h) Novamente o problema da lei específica (socorro de instituições financeiras)

34. O art. 28 dirige-se às operações de socorro de instituições financeiras. Veda de modo expresso a utilização de recursos públicos para o auxílio a instituições do Sistema Financeiro Nacional, aludindo a empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário. A regra tem em vista a experiência da segunda metade da década de 1990, com o socorro, pelo Banco Central do Brasil, em condições sigilosas e sujeitas a intenso questionamento perante o Poder Judiciário, de diversas instituições com dificuldades.

O dispositivo aponta que tais operações somente serão possíveis na medida em que exista *lei específica*. Também aqui, esse conceito não pode significar apenas a existência de um diploma legal que autorize genericamente as ditas operações (p. ex. , estabelecendo que fica o Poder Executivo autorizado a fazer especificamente o que o art. 28 veda). Como é evidente, o art. 28 consagra uma regra de transparência na gestão fiscal. Exige-se, em face da experiência recente dos sucessivos e vultosos casos de socorro de instituições financeiras, um controle social e parlamentar efetivo. A *lei específica* exigida neste caso ou deve-se referir a cada operação concreta (ou

seja, lei meramente autorizativa) ou deve-se dirigir a uma categoria de operações com grande grau de concreção, possibilitando a realização efetiva dos objetivos da regra.

i) A determinação do art. 28, § 1º, e a limitação de conteúdo da lei específica (impossibilidade de socorro para correção dos riscos a ser cobertos pelos fundos do SFN)

35. Há, desde logo, um limite para a referida lei específica. Não pode ultrapassar o disposto no art. 28, § 1º, da LRF. Esse dispositivo estabelece que a "prevenção de insolvência e outros riscos" ficará a cargo de fundos ou outros mecanismos próprios do Sistema Financeiro Nacional.

Ou seja: é proibido que o Poder Público, mesmo mediante a lei específica do art. 28, *caput*, venha a proteger diretamente as instituições financeiras desses riscos. Essa é tarefa reservada pela LRF para outros mecanismos, aliás em cumprimento do art. 192, VI, da CF. A lei específica que vier a autorizar o socorro a instituições financeiras não pode frustrar esse comando.

j) Efeitos da LRF sobre as operações já contratadas e em andamento

36. As determinações da LRF não se aplicam às operações de crédito ou de transferência de recursos ao setor privado já contratadas antes do início de sua vigência. Trata-se de atos jurídicos perfeitos, protegidos pelo art. 5º, XXXVI, da CF, da incidência da nova lei.

Aplica-se, porém, a tais operações anteriores a regra do parágrafo único do art. 27. Somente poderão ser prorrogadas ou compostas dívidas preexistentes na medida em que haja autorização legal específica. Caso contrário, os débitos devem ser liquidados em seus vencimentos.

V – AS DETERMINANTES RELATIVAS AO ENDIVIDAMENTO PÚBLICO

a) A partilha de competências no estabelecimento de limites (competências privativas do Senado Federal e os efeitos da proposta do Poder Executivo) – art. 30, I, e o art. 52, VII, VIII e IX da CF

37. Os termos da partilha de competências entre o Poder Executivo e o Senado Federal já fora objeto de exame em tópico anterior.

Na ocasião, ressaltou-se que apenas a competência do art. 52, VI, da CF, pressupõe uma proposta do Poder Executivo. Nos outros casos, os limites são estabelecidos originariamente pelo Senado Federal, que não está constrangido por qualquer iniciativa do Poder Executivo. A proposta prevista no art. 30, I, da LRF tem apenas um sentido de colaboração entre os Poderes – tendo em vista a suposta maior especialização do Poder Executivo. Não há

qualquer impedimento jurídico a que o Senado Federal estipule os limites que julgar adequados, com base em critérios razoáveis e consistentes, sem qualquer atenção à proposta do Poder Executivo.

Não fosse assim, a regra seria inválida por ofensa ao art. 52 da CF, que define tais competências como privativas do Senado Federal.

b) O projeto previsto no art. 30, II

38. O inciso II do art. 30 prevê projeto de lei destinado a regular os limites da dívida mobiliária federal, nos termos do art. 48, XIV, da CF.

Esse projeto já foi enviado pelo Poder Executivo e hoje tramita na Câmara dos Deputados sob o código PL nº 3431/2000. O art. 2º do PL nº 3431/2000 dispõe que a dívida mobiliária federal não poderá exceder 650% (seiscentos e cinqüenta por cento) da receita corrente líquida (definida tal como o faz o art. 2º, IV, da LRF).

c) A competência prevista no art. 30, § 5º

39. O dispositivo prevê a remessa anual de uma proposta do Poder Executivo para manutenção ou alteração dos limites e condições previstos nos incisos I e II do art. 30.

A regra remete ao prazo previsto no art. 5º da LRF. Esse dispositivo, rigorosamente, não contempla nenhum prazo. Deve-se compreender, porém, que o art. 30, § 5º, deve ser cumprido juntamente com o envio do projeto de lei orçamentária anual.

O dispositivo é útil na medida em que, ao menos em relação às competências dos arts. 48, XIV, e 52, V, o Senado Federal e o Congresso Nacional dependem da iniciativa do Poder Executivo para o exercício de suas competências. A partir de tais proposta e projeto anuais do Poder Executivo, o Senado Federal e o Congresso podem exercitar plenamente suas competências na fixação de limites de endividamento.

d) Interpretação das definições do art. 29: dívida pública consolidada ou fundada (art. 29, §§ 2º e 3º; art. 30, § 7º); dívida pública mobiliária

40. O art. 29 contém definições fundamentais para a compreensão e aplicação das demais regras sobre endividamento público.

Adota um conceito próprio de *dívida consolidada ou fundada*, que corresponde basicamente a obrigações financeiras com prazo de realização superior a 12 (doze) meses. A estas se acrescentam as obrigações derivadas de títulos de responsabilidade do Banco Central do Brasil (art. 29, § 2º), as operações de crédito de prazo inferior a 12 (doze) meses cujas receitas tenham constado do orçamento e os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que tiverem sido incluídos (art. 30, § 7º).

Esse conceito não tem aplicação generalizada e não pretende substituir o conceito mais restrito constante do art. 98 da Lei nº 4. 320/64 – que, aliás, foi submetido a críticas severas de GERALDO ATALIBA[41], inteiramente aplicáveis ao art. 29, I, da LRF.

41. O conceito de dívida pública mobiliária exige uma interpretação corretiva, reputando-se incluído o Distrito Federal na redação do art. 29, II, da LRF (que o omitiu na referência aos entes políticos) – aliás, em atendimento ao art. 1º, § 3º, II, da LRF. O Distrito Federal pode igualmente emitir títulos públicos, como se infere do art. 52, IX, da CF.

e) A questão dos precatórios em face da Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000

42. Questão interessante, na definição dos limites da dívida consolidada ou fundada, surgiu com a edição da EC nº 30, de 13 de setembro de 2000 (posterior, portanto, à vigência da LRF).

O art. 30, § 7º, da LRF dispõe que "os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites". Na generalidade dos casos, a aplicação da regra é simples. Se não pago o precatório até o final do exercício a que se refere o orçamento, deve ser considerado como fonte de endividamento e, assim, incluído na dívida consolidada – que, desse modo, retrata mais fielmente a realidade do endividamento do ente público.

Porém, a EC nº 30 introduziu nova regra no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, dispondo que, ressalvados certos casos, "os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos" (art. 78, *caput*, do ADCT, na redação do art. 2º da EC nº 30).

Portanto, deve-se determinar se tais precatórios devem ser incluídos integralmente na dívida consolidada ou se o art. 30, § 7º, deve ser aplicado em relação a cada parcela anual.

43. Essa segunda alternativa parece-nos destituída de sentido. A regra do art. 30, § 7º, pressupunha o dever de pagar o precatório no curso do

---

[41] Ob. cit. , pp. 138/142. ATALIBA explica que "A designação de consolidada ou fundada atribuída a este tipo de dívida pública se deve à unificação em um fundo único – designado *consolidated* ou *funded* – das dívidas antes vinculadas a fundos diversos, com administrações autônomas" (ob. cit. , p. 87). Formula o que aponta ser um conceito estritamente jurídico de dívida consolidada ou fundada nos seguintes termos: "aquela que corresponde a um investimento de capital, a um incremento do patrimônio público ou a uma inversão de qualquer forma duradoura, que apresente um saldo positivo – ou financeiro, ou patrimonial – para o Estado, ou, pelo menos, equilíbrio entre a quantia que fica o Estado devendo e o benefício que ela produz ou propicia" (ob. cit. , p. 99).

exercício, ou seja, em prazo inferior a 12 (doze) meses. O débito nem mesmo se enquadraria no conceito de dívida fundada constante do art. 29, I. Somente passaria a ter "prazo de amortização" superior a 12 (doze) meses por força do inadimplemento do Poder Público.

A questão agora é outra. Os precatórios referidos no art. 78 do ADCT têm, por definição, prazo de pagamento de 120 (cento e vinte) meses. Não há nenhuma razão para que não se incluam integralmente na dívida consolidada.

Além disso, a regra do art. 30, § 7º, não configura uma "sanção" pelo inadimplemento do Poder Público, mas uma norma de direito financeiro, destinada a permitir a aferição precisa do endividamento público. Se há endividamento de longo prazo, não há fundamento para que seja excluído do cálculo da dívida consolidada para os efeitos de aplicação dos limites.

f) Interpretação ampliativa do art. 29, III e IV

44. Os incisos III e IV do art. 29 contemplam os conceitos de "operação de crédito" e "concessão de garantia".

Esses conceitos não devem ser interpretados de modo restritivo. A LRF repousa sobre valores de boa-fé, transparência e rigor nas contas públicas. Não seria cabível que a manipulação de formas jurídicas pudesse conduzir à não-aplicação de dispositivos destinados a realizar esses valores.

Assim, a interpretação deve ser ampliativa e flexível. Devem-se considerar as enumerações desses dispositivos como meramente exemplificativas, fazendo recair nesses conceitos todas as operações que envolvam a outorga de crédito ou a assunção de dever de garantia de terceiros.

É o que deriva já do § 1º do art. 29, que busca esclarecer a amplitude do conceito de "operação de crédito". Toda e qualquer operação de crédito ou garantia, esteja ou não explicitamente referida no art. 29, III e IV, deve ser reputada como sujeita às regras da LRF.

g) Ausência de determinantes abrangentes acerca da dívida flutuante (previsão do art. 42)

45. A preocupação fundamental da LRF diz respeito à *dívida consolidada ou fundada*. Não há um sistema de regras sobre a *dívida flutuante*, que é definida por ATALIBA como "aquela levantada a curto prazo e que se destina a aplicar em serviços transitórios ou eventuais, no socorro de necessidades passageiras ou no pagamento das chamadas despesas correntes, comuns, consumindo-se, desta forma e como que desaparecendo economicamente"[42].

[42] Ob. cit. , p. 99. Note-se que, com as regras da LRF acerca da definição de dívida consolidada (que amplia o conceito anterior, fazendo integrar a dívida consolidada dívidas com

Como destacado no excelente Manual da Lei de Responsabilidade Fiscal produzido pelo Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, a única regra acerca de obrigações integrantes da dívida flutuante é o art. 42 da LRF, atinente aos Restos a Pagar e ao seu controle estrito no final do mandato do titular do Poder[43].

h) A aplicação dos arts. 15 e 16 a todos os mecanismos de endividamento ou apenas aos casos do art. 29, § 1º

46. O art. 29, § 1º, remete aos arts. 15 e 16 ao equiparar a "operação de crédito" a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente político.

O art. 16 diz respeito à "criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa", estipulando condições para que se concretize essa ação[44]. Trata-se, portanto, de regra de controle de despesas específicas derivadas de ações pontuais do Poder Público. Além disso, o art. 15 determina ser "não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa *ou assunção de obrigação* que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17".

Portanto, em termos gerais, a assunção de obrigações derivadas de operações de crédito ou de concessão de garantias enquadrar-se-iam na hipótese do art. 15. Geram obrigações financeiras efetivas (operações de crédito) ou potenciais (concessão de garantias), relativas à amortização das operações de crédito ou ao dever de honrar a garantia. Tais obrigações devem materializar-se em períodos variados, que podem ser inferiores ou superiores a dois exercícios. No momento da contratação da operação de crédito, dela deriva para o Poder Público uma receita (normalmente de capital), não uma despesa. Esta ocorrerá no momento do pagamento da dívida ou de ser honrada a garantia.

Desse modo, a despeito de a redação do art. 15 induzir a idéia de que se deveria aplicar a regra (e, portanto, os arts. 16 ou 17) a todas as operações de crédito, essa conclusão seria incompatível com o sistema de organização das contas públicas. Ademais, não teria nenhum ou limitadíssimo efeito prático. Afinal, por não gerar despesa imediata, as operações de crédito ou de concessão de garantia não gerariam impacto orçamentário no momento de sua constituição – o que tornaria simples e, ao mesmo tempo, inútil o atendimento de regras como os incisos I e II do art. 16.

---

prazo inferior a 12 meses desde que previstas no orçamento), poder-se-ia postular que a dívida flutuante passou a ser composta apenas pelas dívidas não incluídas no orçamento.

[43] Manual da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Revista Interesse Público, nº 8-2000, p. 170.

[44] Conforme MARIA CRISTINA CESAR DE OLIVEIRA DOURADO, ob. cit. , neste volume, a regra não alude a ações continuadas de governo, objeto do art. 17. Acrescenta-se que o art. 16 dirige-se a ações específicas, caracterizáveis como projetos ou como operações especiais (sobre esses conceitos, cf. LINO MARINS DA SILVA. Contabilidade Governamental: um enfoque administrativo. 4ª ed. , São Paulo, Atlas, 2000.

Conclui-se que os arts. 15 e 16 são aplicáveis apenas aos casos estipulados no § 1º do art. 29, em que não há receita para o Poder Público mas mera assunção ou reconhecimento de dívida.

VI –OS EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DOS LIMITES DE ENDIVIDAMENTO

a) Os limites atualmente vigentes (RSF nº 78/98 e alterações)

47. Como se apontou, está ainda em tramitação a MSF nº 154/2000, em que o Poder Executivo propõe novos limites para a dívida consolidada da União e dos demais entes políticos.

Até a apreciação da proposta, permanecem em vigor os limites e condições estipulados pela RSF nº 78/98, com as alterações produzidas por resoluções posteriores[45] (exceto no que for incompatível com a LRF, que prevalece sobre a RSF nº 78/98 em seu âmbito de validade). Tais resoluções dispõem sobre as operações de crédito e de garantia dos Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e fundações. Não dispõem sobre a dívida consolidada da União. Nos arts. 6º e 8º, respectivamente, estipulam limites para as operações de crédito e de garantia em termos de percentual sobre a receita líquida real.

b) Critérios para recondução da dívida aos limites

48. O art. 31 estipula prazos para que a dívida consolidada seja reconduzida aos limites. O prazo final para a recondução é de um ano (três quadrimestres), cabendo ao ente político reduzir o excedente em pelo menos 25% já no primeiro quadrimestre.

c) Conseqüências preventivas (art. 31, § 1º, I e II) e repressivas (art. 31, § 2º)

49. Durante o prazo para a correção do excesso, ficam proibidas novas operações de crédito, com exceção do refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária.

Além disso, determina-se ao ente político que obtenha superávit em suas contas. Para tanto, cabe-lhe promover, entre outras medidas, a limitação de empenhos.

A regra de limitação de empenhos e movimentação financeira (art. 9º da LRF) propõe dificuldades frente aos particulares contratados, potenciais credores de pagamentos ainda não empenhados e credores de empenhos submetidos à "limitação de movimentação financeira" (vale dizer, ao não-pagamento). Segundo o dispositivo, em determinados casos, há a suspensão

[45] As alterações foram indicadas em nota anterior.

de pagamentos (uma vez que o empenho é pressuposto para a ocorrência de desembolsos pela Administração, pelo que só haverá "movimentação financeira" se já tiver ocorrido o empenho). A recomposição dos empenhos deve ocorrer de modo proporcional ao restabelecimento do equilíbrio.

Essa seqüência de suspensões e recomposições afeta diretamente os beneficiários dos pagamentos. No caso de contratos administrativos (o que corresponderá à generalidade das situações), deve-se observar a regra de intangibilidade da equação econômico-financeira. Em certos casos, a suspensão de empenhos tornará inviável a prestação do contratado. Em outros, pode haver a necessidade de reequilíbrio contratual. De um modo ou de outro, não se pode imputar ao credor privado os ônus do excesso de endividamento estatal. A regra de suspensão de empenhos deve ser aplicada com cautela, em face das derivações patrimoniais desfavoráveis que a violação de direitos dos credores privados pode acarretar.

Ademais, a existência, a validade e a vigência do empenho são pressupostos para o cumprimento do contrato administrativo. Não é possível que o contrato subsista sem este instrumento de direito financeiro.

50. Expirado o prazo e não reconduzida integralmente a dívida aos limites, aplica-se sanção adicional consistente no impedimento de transferências voluntárias em favor do ente que ultrapassou os limites de endividamento – o que, se efetivado, agravará ainda mais a situação de desequilíbrio. Trata-se de sanção eficaz apenas na medida em que não aplicada.

Sobre esse tópico, houve referência em ponto anterior deste estudo, atinente às próprias transferências voluntárias.

51. Há regras específicas sobre suspensão ou ampliação dos prazos em caso de calamidade ou de baixo crescimento do PIB (arts. 65 e 66 da LRF).

d) Compatibilização entre os §§ 1º e 3º do art. 31

52. Tendo em vista o risco de transferência de endividamento para o mandato seguinte, o § 3º do art. 31 estabelece que as restrições do § 1º aplicam-se de imediato se o endividamento exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano de mandato do Chefe do Poder Executivo.

Em princípio, a regra pareceria inócua, uma vez que tais restrições, ao contrário do § 2º, já se aplicam imediatamente após a verificação do excesso, que se dá ao final de um quadrimestre. O seu único sentido é o de que a verificação, no caso do § 3º do art. 31, pode ser realizada a qualquer tempo durante o primeiro quadrimestre do último ano de mandato. Apurando-se o excesso, a incidência das restrições é imediata. Como se trata de regra excepcional, não se aplica essa ausência de prazo para correção à sanção prevista no § 2º do art. 31.

e) Competência do Ministério da Fazenda para registrar e divulgar informações sobre o descumprimento dos limites de endividamento

53. A competência atribuída ao Ministério da Fazenda pelo § 4º do art. 31 é meramente de centralização e divulgação de informações objetivas. Não lhe compete – seria inconstitucional o contrário – apurar o descumprimento e aplicar sanções. Essa tarefa compete aos órgãos de controle.

Deve ser assegurada defesa prévia aos entes políticos indicados como tendo ultrapassado os limites da dívida. Os procedimentos adotados pelo Ministério da Fazenda devem prever a ouvida do ente interessado, em prazo razoável. As conseqüências do descumprimento dos limites são graves. Embora não derivem imediatamente do ato do Ministério da Fazenda (que tem caráter apenas declaratório), são vinculadas de modo próximo a este ato, que pode operar como referência para os mais diversos fins (inclusive, p. ex. , a contratação de operações de crédito na forma do art. 33 da LRF).

Tais procedimentos não podem conduzir à inviabilização das formas de divulgação pública de informações ou à demora excessiva na disponibilização desses dados. A proteção do insuprimível direito de defesa – que, neste caso, não é senão um reflexo da proteção do interesse público titularizado por esses entes – não pode frustrar por completo os objetivos de gestão fiscal responsável e transparente buscados pela LRF.

f) Natureza e efeitos do ato de alerta do art. 59, § 1º – Ausência de efeitos correlatos aos do art. 22, parágrafo único (relativo a despesas com pessoal)

54. Ao dispor acerca da fiscalização da gestão fiscal, o art. 59, § 1º, prevê a prática, pelos Tribunais de Contas, de um ato preventivo, com o conteúdo de *alerta* aos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário ou aos órgãos referidos no art. 20, § 2º, da LRF, acerca da iminência de se ultrapassar os limites legais.

Há a previsão desse ato de alerta também em relação ao endividamento. Segundo o art. 59, § 1º, III, deve ser expedido o ato de alerta quando constatado que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% dos respectivos limites. Embora a LRF não seja clara a respeito, como há limites específicos para cada categoria de endividamento, devem ser expedidos atos de alerta parciais, relativos a cada categoria.

O ato de alerta, especialmente no caso do endividamento público, tem a natureza de ato administrativo praticado no exercício de competência meramente verificadora[46]. Não cria nenhuma situação jurídica nova, apenas constata uma situação de fato preexistente.

---

[46] Sobre a classificação dos atos administrativos, cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 13ª ed. , São Paulo, Malheiros, 2001, p. 377.

Porém, da prática (ou não) desse ato derivam conseqüências relevantes. Havendo o alerta, elide-se qualquer presunção favorável ao administrador do ente que tiver incorrido em excesso de despesa. Sustenta-se que a omissão do ato de alerta poderia operar como atenuante da responsabilidade do administrador (fazendo surgir, porém, responsabilidade por omissão do próprio Tribunal de Contas). [47] Parece-nos, com LUCIANO FERRAZ, que a omissão do alerta não deva ser tomada como atenuante, uma vez que o dever legal a que se subordina o administrador independe desse ato. Bem ao contrário, poder-se-ia reputar agravada a infração do administrador que não promove a imediata correção de sua conduta apesar de praticado o ato de alerta. [48]

VII – A CONTRATAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

a) Os efeitos dos arts. 15 e 16 sobre as operações de crédito

55. O art. 29, III, conceitua operação de crédito como "compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros". O art. 29, § 1º, inclui nessa categoria "a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação". O art. 37 indica outras operações de crédito – já implicitamente abrangidas no conceito geral –, que são expressamente vedadas. O art. 38 trata de uma categoria específica de operações de crédito, relacionada com a antecipação de receita orçamentária (ARO).

Na RSF nº 78/98, o conceito de operações de crédito abrange também a concessão de garantias. A LRF distinguiu as hipóteses, tratando separadamente a concessão de garantias no art. 40. Porém, há proximidade entre as categorias na medida em que ambas geram assunção de obrigações financeiras (no caso das garantias, meramente potenciais mas ainda assim efetivas).

Como se apontou acima, os arts. 15 e 16 aplicam-se apenas às operações de crédito referidas no § 1º do art. 29. Não são aplicáveis genericamente a todas as operações de crédito ou de concessão de garantias.

56. Desse modo, a contratação de operações de crédito não depende apenas do cumprimento do art. 32 da LRF. Há também, nos casos específicos do art. 29, § 1º, que, no processo interno que conduz à realização da operação, dar atendimento aos requisitos dos incisos I e II do art. 16. É nula e

---

[47] Nesse sentido, cf. CARLOS PINTO COELHO MOTTA, JAIR EDUARDO SANTANA, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES e LÉO DA SILVA ALVES, ob. cit. , pp. 209/218.

[48] Nesse sentido, CARLOS PINTO COELHO MOTTA, JAIR EDUARDO SANTANA e LUCIANO FERRAZ, Lei de Responsabilidade Fiscal, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 192/193.

gera responsabilização do agente público a contratação dessas modalidades de operação de crédito sem o atendimento a esses dispositivos.

b) A abrangência da sujeição ao art. 32: o sentido de "ente da Federação e empresas por ele controladas"

57. A definição da amplitude do art. 32 remete aos arts. 1º e 2º da LRF. Ao aludir a "ente da Federação", o art. 32 pretende significar os entes políticos (art. 2º, I). Por sua vez, nos termos do art. 1º, § 3º, I, "a", essa alusão estende a abrangência da regra ao Poder Executivo, Poder Legislativo (neste abrangido o Tribunal de Contas), Poder Judiciário e o Ministério Público. Segundo o item "b" do mesmo inciso, estariam também abrangidas a Administração direta (que já se supõe incluída no item "a"), os fundos, as autarquias, as fundações e as empresas estatais dependentes.

O conceito de "empresa estatal dependente" é dado pelo art. 2º, III: é a empresa controlada (portanto, empresa pública ou sociedade de economia mista) que receba do controlador recursos para o pagamento de despesas com pessoal, de custeio em geral ou de capital (excluídos, neste último caso, os derivados de aumento de capital).

O art. 32 vai além e inclui em seu âmbito de aplicação todas as empresas controladas pelo ente político, direta ou indiretamente.

O conceito de empresa controlada extraído do art. 2º, II, é formal e deriva da titularidade da maioria do capital social com direito de voto. Quando alude à titularidade "direta ou indireta", o dispositivo faz referência a controles sucessivos (o ente político controla a empresa "A" que, por sua vez, é controladora de "B").

O art. 32 pretende agregar a esse conceito uma nova noção de controle direto ou indireto. Dificilmente se poderia caracterizar uma hipótese de controle indireto pelo Poder Público que não fosse o formal, já previsto no art. 2º, II, da LRF. Poder-se-ia cogitar, p. ex. , de controle indireto derivado da dependência de recursos públicos por parte do ente controlado ou resultante de acordos de acionistas ou outros instrumentos que assegurem ao Poder Público o exercício de fato do controle. [49] As hipóteses são de complexa verificação prática, especialmente porque podem acarretar ofensa a dispositivos de outra natureza, atinentes à própria organização administrativa. A alusão do art. 32 a controle direto ou indireto deve ser tomado como um vetor de interpretação da regra, para sua aplicação a casos concretos.

c) A natureza da competência do Ministério da Fazenda e o princípio federativo: interpretação conforme à Constituição e limites da atuação em face dos Estados, Distrito Federal e Municípios

[49] Sobre o tema de controle, ampliar em FÁBIO KONDER COMPARATO, O poder de controle na sociedade anônima, Rio de Janeiro, Forense, 1983.

58. O art. 32 estabelece que cabe ao Ministério da Fazenda verificar o cumprimento dos limites e condições relativos à realização das operações de crédito. No § 1º, estabelece os requisitos para o "pleito" do ente interessado.

A regra parece indicar que o ente ou órgão interessado deve submeter ao Ministério da Fazenda pedido de autorização para a realização da operação, cabendo a esse órgão a decisão acerca do seu deferimento.

RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA aponta que "Poder-se-ia questionar se é constitucional a submissão de Estados e Municípios ao atendimento de exigências perante o Ministério da Fazenda. Nada há de inconstitucional, uma vez que funcionará ele como mero órgão encarregado do processamento do pedido. Evidentemente que cabe a ele o exame do atendimento das exigências legais, podendo exigir os documentos legais". [50]

59. Essa interpretação resulta de uma acomodação do texto do art. 32 aos dispositivos constitucionais. Seria inválida a submissão das operações de crédito dos Estados, Distrito Federal e Municípios a uma autorização prévia de órgão federal. A competência da União é *normativa* e se relaciona com a edição de normas gerais (por lei complementar) ou certos limites e condições das operações (pelo Senado). Com exceção do disposto no art. 52, V, não detém competência decisória nesse campo.

Desse modo, o Ministério da Fazenda apenas pode operar como órgão centralizador de informações e verificador de requisitos formais das operações. Aliás, assim é que vem operando o Banco Central do Brasil em relação às operações previstas no art. 24 da RSF nº 78/98 (que a resolução considera não dependerem de autorização específica do Senado Federal): cabe-lhe verificar os requisitos e, se presentes, deferir o "pleito" no prazo de dez dias úteis. Trata-se de competência estritamente vinculada quanto ao objeto e ao momento da prática do ato.

Também no caso do art. 32, o Ministério da Fazenda apenas pode praticar atos estritamente vinculados, que tenham por objeto apenas a verificação de requisitos. Uma vez atendidas as exigências da LRF (arts. 16, quando cabível, e 32), deve ser obrigatoriamente "autorizada" a operação de crédito. Não cabe ao Ministério da Fazenda realizar nenhum juízo acerca da "relação custo-benefício" e do "interesse econômico e social da operação" (art. 32, *caput*). Esse exame competirá exclusivamente aos órgãos de controle.

A grande finalidade da tramitação prévia da operação de crédito perante o Ministério da Fazenda é o atendimento do § 4º do art. 32, que determina a esse órgão a centralização e a disponibilização pública de informações sobre o endividamento público. Não pode ir além disso, sob pena de inconstitucionalidade por ofensa à autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

---

[50] Responsabilidade fiscal, São Paulo, RT, 2001, p. 67.

60. Ao contrário da RSF nº 78/98, a LRF restringe a exigência de autorização específica do Senado Federal às operações de crédito externo (art. 32, § 1º, IV). Nos termos do art. 21 da RSF nº 78/98, seriam sujeitas a essa autorização específica também operações que não configuram crédito externo (itens III e IV do art. 21). Apenas as previstas nos incisos I e II do art. 21 da RST nº 78/98 enquadram-se no conceito de "crédito externo" e sujeitam-se ao art. 32, § 1º, IV.

A exigência de autorização específica do Senado Federal materializa a competência prevista no art. 52, V, da CF.

d) O processo administrativo para a manifestação do Ministério da Fazenda (o "pleito" do ente interessado)

61. O processo administrativo de confirmação dos requisitos pelo Ministério da Fazenda deve ser sumário e expedito, sob pena de violação da autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios para realizar suas operações de crédito dentro do quadro das normas gerais postas por lei complementar e nos limites e condições fixados pelo Senado Federal.

Deve-se assegurar a possibilidade de revisão, através de recurso, de ato do Ministério da Fazenda que repute ausentes determinados requisitos. A demora na apreciação do pleito enseja reclamação judicial pelo ente interessado. A omissão do Ministério da Fazenda pode ser suprida pela comprovação, perante o Poder Judiciário, do atendimento dos requisitos previstos no art. 32.

Ao contrário do que prevê a RSF nº 78/98, no caso de autorização específica do Senado Federal (art. 32, § 1º, IV), o pleito deve ser encaminhado ao Ministério da Fazenda já com a autorização do Senado. No regime anterior, o Banco Central do Brasil exercitava competência instrutória, remetendo posteriormente o processo administrativo para decisão do Senado Federal.

O processo culminará com a prática de ato administrativo de mera verificação pelo Ministério da Fazenda. Não se trata, ao menos em relação aos entes estaduais, distritais e municipais, de ato da administração ativa nem de ato de administração controladora[51], uma vez que não cabe ao Ministério da Fazenda conceder autorização ou realizar controle sobre tais entes.

A competência do Ministério da Fazenda é delegável na forma do art. 12 da Lei nº 9. 784/99.

e) Os requisitos para a realização das operações de crédito

62. Tendo em vista a natureza da atuação do Ministério da Fazenda, os requisitos do art. 32 devem ser interpretados de modo formal. Seu

[51] Sobre esses conceitos, consultar CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit. , p. 377.

atendimento deve ser documental e basear-se em pareceres técnicos e jurídicos, assim como em certidões dos órgãos de controle.

As justificativas materiais da operação interessam exclusivamente aos órgãos de controle de cada ente político. Não se trata de questão a ser verificada pelo Ministério da Fazenda no âmbito das atribuições do art. 32.

Quanto ao Senado Federal, a amplitude do seu exame é maior, em face da competência autorizatória que lhe defere o art. 52, V, da CF.

f) O sentido do art. 167, III, da CF

63. Em tópico anterior, já se apontou que o art. 167, III, da CF, veda operações de crédito destinadas ao financiamento de despesas correntes. O pleito relativo a operações de crédito deve conter declaração da finalidade da operação, demonstrando-se o atendimento desse dispositivo.

A apuração efetiva da veracidade da declaração não compete ao Ministério da Fazenda mas aos órgãos de controle.

g) O tratamento privilegiado das operações da dívida mobiliária federal (art. 32, § 2º)

64. O art. 32, § 2º, estabelece regime simplificado para as operações da dívida mobiliária federal.

A discriminação é injustificável. As operações de todos os entes políticos devem receber tratamento idêntico. Nem mesmo se poderia dizer que o regime simplificado seria incompatível com as operações dos Estados, Distrito Federal e Municípios em face da necessidade de autorização específica do Senado Federal. Como já foi ressaltado, a competência do inciso IX do art. 52 da CF, ao contrário da do inciso V, é meramente normativa e não contempla a exigência de autorização específica prévia à operação.

Portanto, o regime simplificado deve ser estendido a todas as operações que se enquadrem na hipótese do dispositivo legal.

h) Os efeitos do art. 32, § 3º, I e II: obstáculo à concessão de incentivos fiscais como forma de fomento

65. Os incisos I e II do § 3º do art. 32 excluem do conceito de *despesas de capital*, para a aplicação do art. 167, III, da CF, as realizadas para o fim de incentivo fiscal mediante redução de carga tributária de contribuinte.

A finalidade da norma é tornar mais difícil, para o Poder Público, a concessão de incentivos fiscais dessa natureza. Ao excluir essas despesas do conceito de despesas de capital, a regra impede o seu financiamento mediante operações de crédito. A regra é coerente com a do art. 14, que exige a compensação da renúncia fiscal com aumento de receita.

Assim, para conceder incentivo fiscal com redução de carga tributária, o Poder Público deve obter fonte de receita compensatória. Esse novo regime torna financeiramente mais difícil a concessão dessa ordem de incentivos. Nos termos do inciso II do § 3º do art. 32, a regra se estende aos casos em que o incentivo for realizado através de empréstimo ou financiamento de instituição financeira controlada pelo Poder Público.

i) A proibição de cláusula de compensação automática em operações de crédito externo (art. 32, § 5º): extensão a qualquer contratação

66. O dispositivo impede que haja cláusula de compensação automática de créditos e débitos em operações de crédito externo.

A regra é coerente com a indisponibilidade do interesse público, que impede o desapossamento de patrimônio público (no caso, os débitos compensáveis pelo credor externo) sem prévio acertamento administrativo ou jurisdicional. Nada justifica, porém, que seja aplicada apenas aos créditos externos. A redação do § 5º do art. 32 não impede – e, ao contrário, reafirma – que essa vedação deve ser estendida também às operações de crédito realizadas no Brasil.

j) O ônus de exigir comprovação de regularidade do ente da Federação (art. 33): abrangência da regra

67. O art. 33, *caput*, imputa à instituição financeira que pretender contratar operação de crédito com o Poder Público o ônus de "exigir comprovação de que a operação atende às condições e limites estabelecidos".

É questionável que se possa atribuir a um particular esse ônus. O dever de cumprimento dos limites e condições estabelecidos é estritamente administrativo e deriva imediatamente do princípio da legalidade. É assente que o particular de boa-fé não deve ser prejudicado pela atuação ilegal da Administração (assegurando-se, inclusive, a remuneração relativa a prestações executadas com base em contratos inválidos). O sentido da regra é exclusivamente o de presumir elidida a boa-fé da instituição financeira em relação a certas operações celebradas com ofensa aos limites e condições legais.

A comprovação deve ser documental e singela, baseada em certidão de órgão de controle. Como se apontou no exame do art. 25, a RSF nº 62/2000 prevê que os pleitos de autorização para operações de crédito, com base na RSF nº 78/98, serão instruídos com "certidão, emitida pelo respectivo Tribunal de Contas, de que o pleiteante cumpre o disposto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000". Certidão similar deve ser exigida pelas instituições financeiras em atendimento ao art. 33 da LRF.

A comprovação deve ter por referência uma data razoavelmente próxima à da contratação da operação. É possível aos órgãos de controle regular o prazo de validade de certidão dessa natureza.

k) O sentido da exclusão da dívida mobiliária e da dívida externa

68. O art. 33 exclui de sua abrangência as operações com a dívida mobiliária e com a dívida externa.

A justificativa para a regra, nesse último caso, parece ser meramente pragmática, em face da dificuldade de aplicação prática da exigência.

No caso da dívida mobiliária, a possibilidade de circulação dos títulos e a noção de que se trata de instrumentos que corporificam um crédito abstrato são incompatíveis, em princípio, com a aferição de boa-fé de seus detentores em relação à capacidade do ente para a sua emissão. Esses detentores podem legitimamente supor válidos os títulos que são postos em circulação no mercado. A eventual má-fé (inclusive de particulares) em sua emissão, com as conseqüências pertinentes, deve ser objeto de comprovação específica.

l) A responsabilidade objetiva do Estado e os limites na aplicação do art. 33, § 1º, em face dos particulares financiadores

69. Como se frisou, a regra do art. 33 relaciona-se com os efeitos da boa-fé dos particulares frente à Administração. Exigindo a comprovação de regularidade, a instituição financeira coloca-se em situação de absoluta boa-fé, não se lhe podendo objetar o descumprimento de limites ou condições da LRF. Ao contrário, realizando a operação de crédito sem a dita exigência, impede-se-lhe a invocação de boa-fé na contratação.

Isso impõe limites na interpretação do § 1º do art. 33 da LRF. Segundo o dispositivo, a operação realizada "com infração do disposto nesta Lei Complementar" é nula e deve ser "cancelada", com a devolução do principal, sem que a instituição financeira tenha o direito de receber juros ou encargos financeiros.

70. A anulação da operação é cabível em qualquer caso de ofensa ao disposto na LRF. Porém, a conseqüência desfavorável à instituição financeira somente poderá ocorrer na hipótese de ausência de boa-fé. Tendo sido exigida (e fornecida) a certidão de regularidade, a eventual anulação da operação não pode acarretar prejuízos à instituição financeira, que tem direito à remuneração de seu capital.

Imagine-se a situação em que, após apresentada a certidão e antes de ultimada a contratação, o ente público venha a incorrer em excesso dos limites estabelecidos. Ou, ainda, um caso em que se constatou deficiência nas informações prestadas pelo ente público ao órgão de controle. Ou o de mero erro na expedição da certidão desse órgão. Em nenhum desses casos o defeito pode ser imputado ao particular. O art. 37, § 6º, da CF exige que a responsabilidade nessas situações seja exclusiva e objetiva do Poder Público. A instituição financeira não pode ser penalizada com a perda da remuneração pactuada.

Há que se fazer outra distinção. No caso de mero descumprimento da formalidade de exigência da comprovação, sem que haja materialmente a violação dos limites de endividamento, a operação de crédito é anulável, não nula. Nesse caso, pode (e deve) ser convalidada. Haverá nulidade apenas se houver ofensa material aos limites, ou seja, se, de fato, a operação não pudesse haver sido realizada.

71. Ademais, a aplicação do art. 33, § 1º, encontra limites na vedação ao enriquecimento sem causa da Administração.

Se a operação de crédito tiver gerado receita para a Administração, apesar da ofensa ao art. 33 da LRF, não é cabível que esta mantenha essa receita sem remunerar o particular concedente do crédito. O art. 33, § 1º, não contém regra de confisco mas de partilha de responsabilidade em face de *presunção de ausência de boa-fé* derivada da não-exigência da certidão de regularidade.

m) Processo administrativo para aplicação do art. 33, § 1º

72. O processo administrativo de aplicação do art. 33, § 1º, que deve ser promovido pelos órgãos de controle, exige a participação da instituição financeira como parte legitimada a formular defesa.

A presunção de ausência de boa-fé que pode resultar do art. 33, *caput*, não é absoluta. A instituição financeira pode demonstrar, no caso concreto, a existência de boa-fé, impedindo a aplicação das conseqüências negativas previstas no § 1º do art. 33. Cabe-lhe, porém, o ônus da prova.

Como se apontou, nada impede que o processo resulte na anulação da operação sem a aplicação dos efeitos de perda dos juros e encargos financeiros. A invalidade da operação é objetiva e independe da verificação da boa-fé da instituição. Esta verificação é pressuposto apenas para a aplicação de tais efeitos negativos para o particular.

A anulação da operação e a aplicação do art. 33, § 1º, podem igualmente ser objeto de processo judicial (p. ex. , ação popular ou ação civil pública).

n) Limites na aplicação da LRF às operações de crédito já contratadas

73. A aplicação do art. 33 se dá apenas para o futuro, atentando-se para o art. 5º, XXXVI, da CF. Os atos jurídicos já aperfeiçoados estão protegidos inclusive da aplicação dos efeitos negativos do § 1º do art. 33.

O princípio da irretroatividade da lei não impede que os atos sejam anulados por ilegalidade, inclusive por ofensa aos limites de endividamento, com as conseqüências cabíveis (que não afetam os interesses dos particulares de boa-fé). Porém, aplicam-se os limites e condições vigentes na data de contratação.

VIII – AS VEDAÇÕES RELATIVAS AO ENDIVIDAMENTO

a) A vedação de emissão de títulos pelo Banco Central do Brasil (art. 34)

74. A LRF estabeleceu limite temporal para a competência do Banco Central do Brasil para a emissão de títulos públicos.

A regra é válida, uma vez que o art. 164, § 2º, da CF, não assegura ao Banco Central do Brasil essa competência, apenas aludindo à compra e venda de títulos de emissão do Tesouro Nacional como instrumento de regulação da oferta de moeda e da taxa de juros.

b) A proibição de operações de crédito entre entes políticos (art. 35) – abrangência subjetiva e amplitude objetiva

75. O art. 35 é um dos pontos mais polêmicos e debatidos da LRF. Estabelece vedação explícita a operações de crédito entre um ente político ("diretamente ou por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente") e outro ("inclusive suas entidades da administração indireta"). Pretende estender ainda mais o conceito de operação de crédito, aludindo a *novação*, *refinanciamento* ou *postergação de dívida contraída anteriormente*.

A razão da polêmica é que a regra atinge diretamente a capacidade de financiamento de Municípios por parte dos Estados. São comuns os fundos estaduais de auxílio e de desenvolvimento de Municípios, através dos quais os Estados atuam (indiretamente) nas atividades locais e em matérias de competência municipal. O art. 35 veda expressamente, entre outras, as operações dessa natureza.

O dispositivo não se valeu apenas da remissão ao conceito do art. 1º, I, "a" e "b", e do art. 2º, I, da LRF. Reafirmou que são vedados os créditos concedidos por um "ente da Federação" (conceito que abrange a Administração direta, os fundos, as autarquias, as fundações e as empresas estatais dependentes), diretamente ou através desses entes e órgãos. Quanto aos destinatários do crédito, aludiu a esses mesmos entes e toda a Administração indireta, que abrange as empresas controladas (sociedades de economia mista e empresas públicas) não dependentes.

76. Portanto, o dispositivo não veda a *concessão* de crédito por empresas controladas não dependentes. As sociedades de economia mista e as empresas públicas, desde que não se enquadrem no conceito de empresas estatais dependentes (art. 2º, III), não estão abrangidas pela proibição do art. 35.

É evidente que a proibição de *recebimento* de créditos por parte de toda a Administração direta e indireta do outro ente político não impede a operação.

Afinal, essa proibição é vinculada às entidades concedentes de crédito referidas no art. 35. Se a origem é outra, não se aplica a proibição.

Note-se, de todo o modo, que são vedados também os créditos concedidos por *fundo* (arts. 71 a 73 da Lei nº 4. 320/64), que se caracteriza pela "possibilidade de ser gerido por setor da administração pública direta ou indireta". [52] Assim, não será cabível a operação de crédito por empresa pública ou sociedade de economia mista que opere como gestora de fundo especial.

c) A exceção do art. 35, § 1º: impossibilidade de a instituição financeira agir como mero repassador de recursos públicos

77. O § 1º do art. 35 permite operações de crédito entre "instituição financeira estatal" vinculada a um ente político e a Administração direta ou indireta de outro.

Aplica-se também aqui a vedação referida acima acerca das sociedades de economia mista e empresas públicas: a instituição financeira, neste caso, não pode ser mera repassadora de recursos públicos. O § 1º refere-se a operações realizadas com recursos próprios da instituição financeira, que fornecerá crédito para a Administração Pública tal como o faria em relação a qualquer outro cliente.

Note-se que a contratação de tais operações de crédito, em relação à Administração Pública tomadora, submete-se aos arts. 32 e 33 da LRF. Isso impõe à instituição financeira o ônus de dar cumprimento ao art. 33 e exigir a comprovação de regularidade da operação.

d) Vedações adicionais do art. 35, § 1º, I e II

78. Mesmo na hipótese do § 1º, há restrições adicionais relacionadas com a finalidade da operação de crédito. Não são cabíveis operações de crédito para financiar despesas correntes (o que já é vedado pelo art. 167, III, da CF) e para refinanciar débitos assumidos frente a outras instituições.

Essa última restrição pode acarretar efeitos danosos. Uma vez realizada uma operação de crédito com uma instituição financeira estatal, a Administração apenas poderá refinanciá-la perante a mesma instituição ou junto a instituição privada. Isso poderia produzir um efeito danoso, consistente na elevação dos encargos para a renovação, uma vez que seria proibido refinanciamento através de outra instituição oficial. Essa conseqüência não deve ocorrer de fato, uma vez que o mercado financeiro privado, a que

[52] FLÁVIO DA CRUZ, ADAUTO VICCARI JUNIOR, JOSÉ OSVALDO GLOCK, NÉLIO HERZMANN, RUI ROGÉRIO NASCHEWENG BARBOSA, Comentários à Lei nº 4. 320, São Paulo, Atlas, 1999, p. 110. Note-se que há debates sobre a possibilidade de administração de fundos por pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista ou as empresas públicas.

continuará tendo acesso a Administração, servirá de limitador de uma eventual ampliação dos encargos.

e) O art. 35 e a ADIN nº 2. 250-4 (alegação de ofensa ao princípio federativo)

77. A invalidade do art. 35 foi argüida em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Minas Gerais, autuada perante o Supremo Tribunal Federal sob o nº 2250-4[53].

O fundamento central da impugnação consiste na violação do princípio federativo. Segundo se argumenta, o dispositivo interfere diretamente na forma de gestão dos recursos públicos pelos Estados. Não se trata apenas de controlar o endividamento mas de impedir aos Estados que empreguem seus recursos, dentro dos limites estipulados para a dívida pública, nas políticas de desenvolvimento que melhor atendam (na sua visão) as necessidades locais.

A questão foi examinada por RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, para quem, "se o Estado-membro entende que pode e deve operar seus recursos financeiros para desenvolver determinada região, não pode a lei federal, ainda que de âmbito nacional como é a lei complementar, restringir sua esfera de incidência (. . .) O que se passa na entranha do Estado é de competência local deste, descabendo à União expedir normas específicas, que possam violentar políticas locais"[54].

78. No exame da constitucionalidade do art. 35 da LRF, deve-se notar que o princípio federativo e o da autonomia dos Municípios sofre, também neste caso, o influxo das regras (também constitucionais) atinentes às competências da União para a edição de normas gerais de finanças públicas.

Não há dúvida de que o art. 35 da LRF restringe uma *autonomia* (teórica) dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Porém, a questão não é apenas essa. Deve-se determinar em que grau essa *autonomia* corresponde à que foi consagrada na CF. Ou seja: não se está diante de uma questão teórica mas de um problema jurídico-positivo: a CF dá à autonomia de Estados, Distrito Federal e Municípios certa conformação própria, que corresponde à resultante de normas afirmativas e restritivas dessa autonomia.

A competência outorgada à União pelos arts. 52, VII, e 163, I e II, da CF, corresponde a um conjunto dessas normas restritivas. Não se pode considerar a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à realização de operações de crédito sem que se tome em conta a competência da União para a edição de normas gerais nesse campo. E isso é assim justamente em face das derivações globais do endividamento público, cujos efeitos extrapolam os limites dos interesses locais.

---

[53] ADIN 2250-4, Rel. Min. Ilmar Galvão. A ADIN impugna os arts. 35 e 51 da LRF. Até 30. 3. 2000, aguardava-se pronunciamento acerca do pedido de suspensão liminar dos dispositivos impugnados.

[54] Ob. cit. , p. 71.

79. Não há, porém, um limite objetivo para o conteúdo das normas gerais. Como se apontou, trata-se de conceito nitidamente indeterminado. Somente se pode razoavelmente aferir a extrapolação ou não da competência da União diante de normas específicas.

Portanto, a questão da constitucionalidade do art. 35 não se resolve de modo formal mas apenas mediante a ponderação de princípios e valores constitucionais. De um lado estão os valores traduzidos nos princípios federativo e da autonomia dos Municípios. De outro os valores que inspiram a competência da União para a edição de normas gerais de finanças públicas. Não se pode atingir uma solução aceitável exceto se ambos forem sopesados e aplicados na máxima extensão cabível diante da situação concreta.

80. Não há vedação absoluta a que uma norma geral de finanças públicas proíba aos Estados, Distrito Federal e Municípios determinada operação de crédito. Tais normas não devem necessariamente restringir-se a estipular limites quantitativos dentro dos quais os entes políticos operam com liberdade. É possível que se identifiquem mecanismos especialmente danosos, cuja utilização ponha em risco o equilíbrio orçamentário e afete o interesse geral tutelado pela União.

Contudo, essa proibição deve ser ponderada. Somente pode vir em atendimento a uma razão efetiva e relevante de interesse público. Além disso, o objeto da proibição deve ser compatível e proporcional ao interesse que pretende proteger.

Não há indicação precisa, na LRF, do objetivo que o art. 35 visa atingir. Sua repercussão material aponta para a tentativa, pela lei complementar, de supressão de operações de crédito supostamente danosas para os Estados, através das quais disponibilizar-se-iam recursos em operações de impossível ou improvável liquidação, segundo critérios não-objetivos de distribuição.

Se é assim, há nítida desproporcionalidade entre o motivo visado e o conteúdo da regra posta. É plausível que a lei complementar estabeleça regras acerca das operações de crédito entre entes políticos, evitando operações danosas e que agravem o desequilíbrio nas contas públicas. Não é razoável, porém, que, com esse objetivo, as proíba por completo. No exame da norma específica, constata-se que a LRF desbordou dos limites da mera *norma geral*, restringindo de modo desarrazoado a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A invalidade do art. 35 deriva da ponderação dos valores envolvidos. A lei complementar foi além do que lhe cabia, proibindo de modo absoluto e generalizado operações para as quais apenas lhe competia estabelecer condições – ainda que tais condições pudessem, como é inevitável e até desejável, resultar na vedação de determinadas operações específicas.

f) Regras aplicáveis na hipótese de reconhecimento da invalidade do art. 35

81. O eventual reconhecimento da invalidade do art. 35 pelo Supremo Tribunal Federal não eximirá de controle as operações entre as Administrações de entes políticos diversos.

Serão aplicáveis os arts. 16 (no caso do art. 29, § 1º) e 32 da LRF, exigindo-se a comprovação da regularidade das operações de crédito segundo o regramento geral. O art. 32 tem aplicação ampla a qualquer operação de crédito.

Nos termos do art. 1º, § 3º, I, "b", ao aludir a "ente da Federação" o art. 32 abrange também as "administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes". Apenas estarão excluídas as operações de crédito realizadas em favor de entes da Administração indireta que não se configurem como empresas estatais dependentes.

g) A reserva de mecanismos de auxílio estadual aos Municípios mediante transferências voluntárias e emprego da Administração indireta

82. Mesmo se fosse válido o art. 35, os Estados permaneceriam com a faculdade de promover auxílio aos Municípios através de transferências voluntárias (art. 25) ou da utilização de empresas públicas ou sociedades de economia mista não dependentes.

Como já se apontou, sendo aplicado o art. 35, tais empresas públicas ou sociedades de economia mista não poderão funcionar, nessas operações de crédito, como gestoras de fundos, estes abrangidos pela redação do art. 35.

h) Privilégios injustificados para os títulos da União em face dos arts. 35, § 2º, e 36, parágrafo único

83. São injustificáveis – e, portanto, inválidas – as vantagens atribuídas aos títulos da dívida pública da União por força dos arts. 35, § 2º, e 36, parágrafo único.

O regime dos títulos públicos deve ser o mesmo para todos os entes políticos. Não há fundamento para que se permitam operações envolvendo apenas títulos de emissão da União.

i) Vedação de empréstimos por instituições financeiras controladas

84. O art. 36 produz uma restrição adicional às instituições financeiras oficiais, vedando a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente político que a controle.

Nos termos do art. 1º, § 3º, I, "a" e "b", a vedação apenas não se aplica a operações realizadas em benefício de empresas públicas ou sociedades de economia mista não dependentes. Toda a Administração direta e indireta é abrangida pela regra.

j) O sentido do art. 37, caput: vedação, não mera equiparação

85. O art. 37 alude à equiparação de certas transações a operações de crédito, bem como à sua vedação. Tais ajustes já se encontravam, de todo o modo, abrangidos pela definição geral do art. 29, III, com as demais especificações da LRF.

O sentido do art. 37 é outro: trata-se de operações vedadas. Não é possível realizá-las, nem mesmo com atendimento das regras atinentes às operações de crédito.

86. O inciso I do art. 37 refere-se a operações de antecipação de receita orçamentária (ARO) relativas a tributo cujo fato imponível ainda não tenha ocorrido.

A vedação não constava da RSF nº 78/98. A nova regra pretende estabelecer um limite objetivo para as receitas tributárias passíveis de operação de ARO. Rigorosamente, a mera ocorrência do fato imponível, sem o correspondente ato de lançamento, representa evento alheio ao conhecimento do Poder Público. Antes de haver o ato de lançamento, ignora-se tanto a existência do fato imponível quanto a dimensão do dever tributário dele derivado. É meramente estimada a receita tributária de um determinado tributo ainda não lançado, haja ou não ocorrido o seu fato imponível.

Porém, com esse critério temporal, veda-se que o Poder Público promova a antecipação de receita tributária relativa a um período futuro indeterminado. Apenas os tributos cujos fatos imponíveis já tiverem ocorrido, ainda que não tenham sido objeto de acertamento pela Administração tributária, é que podem ser objeto de operações de ARO.

A ressalva do art. 37, I, relaciona-se com a chamada "substituição tributária para a frente", em que alguém é chamado a recolher tributo relativo a capacidade contributiva alheia, com base em presunção de ocorrência futura do fato imponível. Nesses casos, há uma hipótese de incidência da norma de substituição, que elege um dado fato (por exemplo, saída da fábrica, no caso do ICMS devido pelo industrial em substituição dos demais participantes da cadeia econômica) como *critério temporal* da hipótese de incidência do tributo em substituição. Para que seja possível a operação de ARO relativa a esses tributos, também o fato descrito nesse critério temporal da regra de substituição deve haver já ocorrido.

87. A vedação do inciso II do art. 37 refere-se a recebimentos *provisórios*, que possam ser objeto de posterior restituição à empresa controlada. Caso contrário, não haveria (nem mesmo em tese) qualquer operação de crédito.

Assim, caso a empresa controlada promova resgate ou amortização de ações (art. 44 da Lei nº 6. 404/76), p. ex. , o recebimento dos valores será definitivo. Não haverá operação de crédito nem será aplicável a vedação.

88. O inciso III refere-se à emissão, aceite ou aval de título de crédito, pela Administração direta, autarquias e fundações, como instrumentalização de composição com fornecedor. Essa operação não é proibida para as empresas controladas, mesmo as dependentes.

O inciso IV diz respeito à assunção de obrigações frente a fornecedor sem a correspondente autorização orçamentária. Na medida em que haja autorização orçamentária, não se aplica essa vedação específica, submetendo-se o caso às regras gerais.

IX – REQUISITOS PARA AS ANTECIPAÇÕES DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA (ARO)

a) O motivo legal das operações de crédito por antecipação de receita (art. 38)

89. O art. 38 introduziu condição inexistente no regime da RSF nº 78/98. Há um motivo legal específico para as operações de ARO. Apenas é possível a antecipação para "atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro". A promoção da operação depende de motivação explícita que evidencie estar presente o motivo legalmente exigido.

Na redação do art. 38, § 1º, as operações de ARO não se submetem ao art. 167, III, da CF, se liquidadas no prazo legal (até 10 de dezembro do ano em que foram realizadas). Nesse caso, seriam admissíveis tais operações mesmo para fazer frente a despesas correntes. Parece haver conflito com o dispositivo constitucional. Ao aludir a operações de crédito, o art. 167, III, da CF, não exclui as ARO. Ao contrário, o art. 167, IV, da CF, menciona expressamente "operações de crédito por antecipação de receita", deixando nítido que se trata de uma espécie daquela categoria. A literalidade da CF não autoriza que qualquer operação de crédito seja realizada para o financiamento de despesas correntes.

Porém, essa interpretação poderia tornar inócua a própria existência (que é constitucionalmente reconhecida) de operações de ARO. Deriva claramente da LRF que, obedecidos os critérios do art. 38, as operações de ARO possam configurar mecanismo seguro de antecipação de receitas que, em última análise, seriam utilizáveis inclusive para o pagamento dessas despesas correntes. A conjugação entre os incisos III e IV do art. 167 parece apontar a exclusão das operações de ARO da proibição de operações de crédito para financiar despesas correntes. Quando menos, seria o caso de se admitir operações de ARO baseadas em uma estimativa de superávit no orçamento em relação às despesas correntes (o que permitiria às receitas correntes financiar despesas de capital – art. 11, §§ 2º e 3º da Lei nº 4. 320/64). A questão ainda está aberta a debate.

b) As condições gerais e específicas de contratação das operações de ARO

90. Tratando-se de operações de crédito, aplica-se às ARO o art. 32 da LRF (por expressa determinação do art. 38).

Sua contratação deve ser submetida ao registro do Ministério da Fazenda, nos termos do art. 32.

Há limites temporais. Não pode ocorrer antes do 10º dia do exercício e deve ser liquidada até o dia 10 de dezembro de cada ano. Tal como no regime da RSF nº 78/98, é vedada no último ano do mandato. É proibida se houver operação de ARO anterior ainda não extinta ou paga.

Há controle dos encargos cobrados. Apenas é possível a cobrança de taxa de juros, ainda assim de acordo com determinadas condições legais.

c) Competência do Banco Central do Brasil para a seleção da instituição financeira (art. 38, § 2º): ausência de previsão legal do procedimento licitatório correspondente

91. Tal como previsto no art. 33 da RSF nº 78/98, a contratação de instituição financeira para a realização de operação de ARO não é livre. Depende de processo seletivo promovido pelo Banco Central do Brasil, desencadeado a partir de proposta firme que deve ser exibida pelo ente interessado quando da formulação do "pleito" correspondente.

No regime anterior, o "pleito" era dirigido ao Banco Central do Brasil, que promovia a seleção eletrônica da instituição financeira e a indicava ao ente interessado. Aplicando-se o art. 32 da LRF, o "pleito" passa a ser dirigido ao Ministério da Fazenda. Dever-se-ia regular o acesso do ente interessado ao Banco Central do Brasil como pressuposto para o atendimento dos §§ 2º e 3º do art. 38.

Por outro lado, não há justificativa para que a LRF subordine os Estados, o Distrito Federal e os Municípios à competência do Banco Central do Brasil para a realização desse processo seletivo – que, aliás, não é passível de disciplina por resolução do Senado Federal ou ato infralegal do próprio Poder Executivo federal. A seleção de contratados pela Administração Pública subordina-se às normas gerais previstas no art. 22, XXVII, da CF (atualmente veiculadas pela Lei nº 8. 666/93). No quadro de tais normas gerais, cabe a cada ente político editar suas leis próprias. Não é possível que a seleção de contratado (instituição financeira) para conceder crédito a um Estado ou Município seja feita por órgão da União, com base em regras não previstas em lei[55].

X – OPERAÇÕES DE CONCESSÃO DE GARANTIA OU CONTRAGARANTIA

[55] Em sentido similar, LUCIANO FERRAZ, ob. cit. , pp. 172/173.

a) Novamente a remissão às regras do art. 32

92. Também neste caso aplica-se o art. 32 como parâmetro para a contratação da garantia.

São idênticas as formalidades de contratação, inclusive os registros frente ao Ministério da Fazenda.

b) Abrangência subjetiva do art. 40, caput

93. A regra alude a que os "entes poderão conceder garantia". A despeito da redação pouco clara, a referência é aos "entes da Federação". Assim, a regra se aplica a todas as pessoas referidas no art. 1º, § 3º, I, da LRF.

Quanto à Administração indireta, há proibição explícita de concessão de garantias no § 6º do art. 40 – também sujeita a ressalvas constantes do § 7º do mesmo artigo.

c) Requisitos para a concessão da garantia

94. O § 1º exige a prestação de contragarantia em favor do ente garantidor. A exigência já constava do art. 19, I, da RSF nº 78/98. O art. 19, II, da RSF nº 78/98, exigia que o garantido estivesse em situação de adimplência perante o garantidor e as entidades por este controladas. A regra também foi reproduzida no § 1º do art. 40.

O inciso I do § 1º prevê que não será exigida contragarantia de "órgãos e entidades do próprio ente". A redação ampla e atécnica conduz a interpretação abrangente: quaisquer entidades da Administração direta ou indireta, quaisquer órgãos ou Poderes, vinculados ao ente político em questão, estão dispensados da prestação de contragarantia em favor do prestador da garantia.

A exigência de contragarantia se aplica, portanto, apenas nas garantias prestadas por um ente político (por sua Administração direta ou indireta) para outro (também por sua Administração direta ou indireta).

d) A contragarantia consistente em vinculação de receitas tributárias próprias ou resultantes de transferência (art. 40, § 1º, II)

95. A regra do art. 40, § 1º, II, é coerente com o art. 167, IV e § 4º, da CF, e constava já (com alguma diferença de redação) do art. 44 da RSF nº 78/98. Permite a vinculação de receitas tributárias próprias ou resultantes de transferências constitucionais para a contragarantia em favor da União ou dos Estados.

A regra vai além da previsão anterior no que se refere à parte final do inciso II: "com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida".

O dispositivo contraria o art. 160 da CF, segundo o qual "É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos". Mesmo o parágrafo único do dispositivo ressalva apenas que esta vedação "não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias".

Ou seja: quando muito, é cabível a suspensão das transferências constitucionais até que haja o adimplemento do dever de restituição do montante garantido (como, aliás, prevê o § 9º do art. 40). Jamais, porém, seria admissível que a União ou os Estados promovessem, eles próprios, o ajuste de contas, com o pagamento a si próprios com os recursos devidos a outros entes. Tratar-se-ia de instrumento autoritário incompatível com a ausência de subordinação entre os entes políticos. A restituição do montante da garantia honrada pelo ente garantidor deve envolver necessariamente a participação do ente garantido.

96. Resta a questão da retenção de receitas tributárias diretamente arrecadadas.

Esta situação é de difícil (ou impossível) verificação prática, exceto se se reputar que o dispositivo contém autorização para que o ente garantido outorgue, através da constituição da garantia, capacidade tributária ativa para que o ente garantidor arrecade, ele próprio, os tributos devidos ao ente garantido e vinculados em contragarantia. Esse procedimento dependeria de lei própria do ente garantido, em face do art. 150, I, da CF, e do art. 142 do CTN (segundo o qual o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado, o que pressupõe a definição legal exaustiva da competência para a sua prática).

Fora dessa situação, os tributos seriam arrecadados diretamente pelo ente garantido. Não passariam pelas mãos do ente garantidor, pelo que seria impossível sua retenção.

e) Os limites para a suspensão de repasses prevista no art. 40, § 9º

97. Conclui-se, portanto, que a única situação prática e juridicamente viável é a do § 9º do art. 40. Não existindo a devolução espontânea do montante da garantia honrada pelo garantidor, este pode promover a suspensão das transferências constitucionais até que ocorra o adimplemento.

Essa suspensão tem como limite quantitativo o montante da garantia a ser restituída. Não é cabível que se interprete literalmente o § 9º do art. 40, permitindo-se suspensão generalizada das transferências. Tratar-se-ia de solução desproporcional e destituída de razoabilidade.

f) O sentido do art. 40, § 2º: requisitos aplicáveis à prestação de garantia

98. A remissão do § 2º do art. 40 aos requisitos para as transferências voluntárias deve ser compreendida em termos. Nem todos os requisitos são aplicáveis. A exigência de contrapartida, p. ex. , é incompatível com a prestação de garantia.

Quanto aos demais requisitos, trata-se também aqui (como no art. 25 da LRF) de mera oportunidade para que a União valha-se de seu poder de fato para estimular o cumprimento de deveres por parte dos outros entes.

g) Efeitos da nulidade da garantia em face dos interesses de terceiros (art. 40, § 5º)

99. O § 5º do art. 40 não vem acompanhado de providências similares às do art. 33. Não se exige qualquer cautela específica por parte dos envolvidos na operação. Em especial, não se exige do credor beneficiado pela garantia que promova qualquer investigação acerca da subsistência da garantia.

Em vista disso, na generalidade dos casos, a nulidade da garantia não afasta o direito do credor de ver protegidos os seus interesses patrimoniais. Em face da regra do art. 37, § 6º, da CF, cabe ao Poder Público responder pelos efeitos da nulidade da garantia. Imagine-se situação em que a União conceda garantia a um Estado em operação de crédito frente a particular e, no momento de honrá-la, recuse-se a entregar os recursos correspondentes com amparo no § 5º do art. 40. Haveria conduta contrária ao Direito. O particular credor – exceto comprovada má-fé – teria assegurado o direito ao montante garantido, sem prejuízo da eventual anulação da garantia, com o ressarcimento da União pelo Estado e a responsabilização dos envolvidos.

h) A vedação do art. 40, § 6º, e as exceções correspondentes

100. O § 6º do art. 40 contém uma vedação genérica à prestação de garantias por entes da Administração indireta, "inclusive suas empresas controladas e subsidiárias", ainda que através de fundos. A redação é excessiva, uma vez que tais controladas e subsidiárias (p. ex. , as subsidiárias integrais do art. 251 da Lei nº 6. 404/76) já integram igualmente a Administração indireta por se tratar de empresas controladas por entes da Administração indireta.

Apenas se pode cogitar da intenção de estender a proibição a empresas em que um ente da Administração indireta detivesse participação minoritária (que configurariam, então, as "subsidiárias", na redação legal[56]). Essa solução não parece compatível com o art. 173, § 1º, II, da CF, que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista (e, *a fortiori*, tais "subsidiárias" onde a Administração é apenas minoritária), quando exercem atividade econômica, ao regime das empresas privadas.

[56] Note-se que este não é o conceito atual de "subsidiária" em face da Lei nº 6. 404/76, que apenas alude a subsidiárias integrais. Tratar-se-ia de conceito novo, estipulado pela LRF.

A vedação do § 6º não se aplica à prestação de garantia ou contragarantia por sociedade de economia mista ou empresa pública a uma controlada ou subsidiária sua (inciso I do § 7º).

Segundo o inciso II do § 7º, também não se aplica à concessão de garantia por instituição financeira oficial a "empresa nacional, nos termos da lei". Essa exceção não faz nenhum sentido. Primeiro, é inválida a restrição da operação a "empresa nacional", conceito extirpado da CF com a revogação do art. 171 pela EC nº 6, de 15 de agosto de 1995. Depois, é desarrazoado (e representa ofensa ao art. 173, § 1º, II, da CF) exigir que haja lei autorizando uma instituição financeira (mesmo oficial) a praticar ato inerente à sua atividade econômica.

i) A compatibilização entre o art. 40, § 7º, II, e § 8º, I

101. A perplexidade gerada pelo inciso II do § 7º é ainda maior se tomado em conta o inciso I do § 8º do art. 40. Este dispositivo prevê que está excluída do âmbito de aplicação do art. 40 a garantia prestada "por instituições financeiras estatais, que se submetem às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente".

Essa ressalva exclui completamente a aplicação do inciso II do § 7º, que se deve reputar como não-escrito.

XI – ENDIVIDAMENTO ATRAVÉS DE RESTOS A PAGAR

a) Inscrição de despesas em restos a pagar como forma de endividamento

102. O art. 42 regula a efetivação de despesas no último ano de mandato do titular de Poder ou órgão integrante de um ente político. Pretende evitar que, desse modo, transfiram-se ao próximo mandatário dívidas constituídas sob a administração anterior.

A questão relaciona-se com os Restos a Pagar, definidos pelo art. 36 da Lei nº 4. 320/64 como "as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas". As processadas referem-se a empenhos executados e liquidados, prontos para pagamento (ou, dito de outro modo, são as despesas empenhadas e liquidadas). As não processadas dizem respeito aos empenhos de contratos ainda em execução, em que ainda não houve a respectiva liquidação. [57] A LRF continha um art. 41, com disciplina abrangente sobre o tema, que foi vetado sob o argumento de que não asseguraria a existência de recursos em caixa para o pagamento dos valores inscritos em Restos a Pagar, ocasionando o crescimento da dívida pública. O veto manteve a vigência dos critérios da Lei nº 4. 320/64 nesse tema.

[57] FLÁVIO DA CRUZ e outros, ob. cit. , p. 77.

103. No caso das despesas processadas, a inscrição em Restos a Pagar corresponde precisamente a uma modalidade de endividamento. Trata-se da postergação do pagamento de prestação já executada pela contraparte, que financia, pelo não-recebimento dos valores devidos, a atividade do Poder Público.

Daí vem a necessidade de se manter sob controle estrito a utilização desse mecanismo de assunção de dívida. Vedou-se, através do art. 42, que nos últimos oito meses de mandato sejam contraídas "obrigações de despesa"[58] de impossível cumprimento no mesmo exercício. Se houver parcelas a ser pagas no exercício seguinte, somente é possível a assunção da obrigação na medida em que haja suficiente disponibilidade de caixa.

b) O sentido da exigência de disponibilidade de caixa

104. A apuração da disponibilidade de caixa pressupõe estimativa da receita a ser produzida até o final do exercício, assim como a consideração dos encargos e despesas relativos ao mesmo período.

Deve haver planejamento, baseado em fluxo de caixa. As despesas no período devem limitar-se àquelas para as quais exista disponibilidade total de caixa ao final do mandato, sem exceção mesmo a investimentos já incluídos no Plano Plurianual[59].

105. O Manual da Lei de Responsabilidade Fiscal produzido pelo TCRS examinou a questão sob o ângulo da ordem cronológica dos pagamentos aos fornecedores, imposta pelo art. 1º, XII, do Decreto-Lei nº 201/67 e pelo art. 5º da Lei nº 8. 666/93[60]. O problema existe na medida em que, ao final do primeiro quadrimestre do último ano de mandato, houvesse dívidas acumuladas de exercícios anteriores, sem que houvesse disponibilidade suficiente de caixa para enfrentá-las.

A partir da constatação de que o art. 42 da LRF "buscou impedir que o titular comprometesse, ao final do seu mandato, as contas da instituição de forma a impor dificuldades ao próximo administrador", o Manual conclui que o dispositivo exige que, ao final do mandato, haja equilíbrio ou, no mínimo, situação equiparável à verificada em 30 de abril. Esclarece, com razão, que "Não se poderia conceber, na interpretação, ao menos nesse primeiro exercício de vigência da LRF, que teria o atual administrador público a responsabilidade

---

[58] Segundo o Manual da Lei de Responsabilidade Fiscal do TCRS, a expressão "tem o objetivo de atingir não somente o empenho de despesa, mas, também todo aquele compromisso assumido e que efetivamente ainda não esteja materializado na fase do empenho" (ob. cit. , p. 171).

[59] FLÁVIO DA CRUZ, ADAUTO VICCARI JUNIOR, JOSÉ OSVALDO GLOCK, NÉLIO HERZMANN, RUI ROGÉRIO NASCHEWENG BARBOSA, Lei de responsabilidade fiscal comentada, São Paulo, Atlas, 2001, p. 131.

[60] Outras derivações do art. 42 em relação às contratações públicas são extraídas por LUCIANO FERRAZ, ob. cit. , p. 168/171.

pela tarefa do equilíbrio entre os recursos de caixa e os Restos a Pagar que, historicamente, acumulam-se por vários exercícios". [61]

XII – CONCLUSÃO

105. O presente estudo pretendeu examinar, de modo sistemático e abrangente, as determinantes constitucionais e legais acerca do endividamento público, especialmente em face da LRF.

Procurou apontar os pontos em que, nesse campo específico, a LRF ofendeu dispositivos constitucionais expressos ou ultrapassou os limites que lhe cabiam como lei nacional veiculadora de algumas das normas gerais de finanças públicas. Buscou ressaltar tópicos de maior relevância prática, assim como antecipar problemas que poderão derivar da aplicação concreta da lei.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PEREIRA, César A. Guimarães. O Endividamento Público da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, julho/agosto/setembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-CESAR-PEREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.

[61] Ob. cit. , p. 173/175. Sobre os inúmeros problemas concretos na aplicação das regras acerca de Restos a Pagar, com referência a exemplos de grande utilidade, cf. ob. cit. , pp. 170/177, e FLÁVIO CRUZ e Outros, Lei . . . , cit. , pp. 129/132.