### **REGIME JURÍDICO DAS TRANSFERÊNCIAS ESPECIAIS DO ARTIGO 166-A DA CONSTITUIÇÃO[[1]](#footnote-1).**

**RESUMO**: O objetivo desse artigo é suprir lacunas sobre o regime jurídico das transferências intergovernamentais do artigo 166-A da Constituição Federal – introduzidas pela EC n. 105/2019. As transferências especiais, em razão da sua natureza informal, possuem escassa regulamentação no tocante às regras de repasse aplicáveis ao ente transferidor, assim como possuem pouca regulamentação para as regras de aplicação para o ente receptor das verbas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emendas Pix; transferências voluntárias; tribunais de contas; plataforma de dados; capacidade estatal.

### **Introdução**

A EC n. 105/2019 previu duas categorias de descentralização fiscal por meio de emendas orçamentárias individuais: a) a denominada “transferência especial” (vulgo emenda pix), que possui maior celeridade e menor controle procedimental, conferindo ao ente receptor dos recursos a decisão sobre onde aplicá-los; e b) a “transferência com finalidade definida”, que se amolda à tradição de descentralização de recursos no Brasil, cuja despesa é decidida previamente e especificada no orçamento, exigindo maior rigidez procedimental e, consequentemente, um maior controle pelo ente que repassa os recursos.

O problema a ser endereçado na presente tese é o seguinte: as transferências especiais, em razão da sua própria natureza informal, possuem escassa regulamentação no tocante às regras de repasse aplicáveis ao ente transferidor, assim como possuem pouca regulamentação para as regras de aplicação para o ente receptor das verbas.

Imprescindível, portanto, esclarecer algumas questões jurídicas, políticas e econômicas referentes às novidades trazidas pela EC 105/2019. O objetivo deste artigo é, inicialmente, suprir uma lacuna a respeito da regulamentação no destino das verbas repassadas por transferência especial.

A pesquisa é teórica, com amparo na análise documental e dos métodos indutivo e dedutivo. Utiliza-se de materiais bibliográficos, com o amparo na doutrina nacional e internacional sobre o tema. As fontes de dados são basicamente: livros, teses, dissertações, artigos de revistas, precedentes do STF e do TCU, manuais técnicos de orçamento, portais de transparência e sites de notícias.

### **Sobre o dever de transferir: as transferências decorrentes de emendas impositivas do artigo 166-A da Constituição são obrigatórias para quem?**

Previstos no artigo 166-A, os repasses decorrentes de emendas de orçamento impositivo são considerados transferências obrigatórias segundo o § 16 do art. 166 da Constituição. *Cuida-se, no entanto, de transferências discricionárias*. As transferências decorrentes de emenda orçamentárias são necessariamente transferências discricionárias, porquanto, dentre outros fatores, são decorrentes da execução de despesa primária discricionária do orçamento do ente transferidor.

Antes de se adentrar em aspectos técnicos das transferências intergovernamentais do artigo 166-A da Constituição, algumas distinções teóricas devem ser traçadas: *Qual a diferença entre a “impositividade” de algumas espécies de emendas orçamentárias (e dos repasses do artigo 166-A da Constituição) e a “obrigatoriedade” de determinadas transferências intergovernamentais?* Nota-se, de fato, uma coerção jurídica nos dois casos. Necessita-se, no e de buscar uma precisão contextual desse dever jurídico.

A principal diferença está no *fundamento do dever jurídico*. O caráter de obrigatoriedade previsto nas transferências intergovernamentais dos artigos 157 a 159 da CF/88 diz respeito à autonomia federativa dos entes subnacionais (estados e municípios) — os titulares de parcela da arrecadação de tributos. A obrigatoriedade da transferência intergovernamental do artigo 166-A da Constituição diz respeito à independência entre poderes da república (Executivo e Legislativo, no caso). Isso porquanto os repasses de valores decorrentes de emendas parlamentares de orçamento impositivo devem ser operacionalizados em favor de estados, Distrito Federal e municípios independentemente da decisão do Poder Executivo Federal[[2]](#footnote-2), em oposição à regra geral do orçamento autorizativo[[3]](#footnote-3).

Em suma: (1) no orçamento impositivo, o parlamentar litiga contra o Poder Executivo pela prerrogativa de decidir sobre a despesa orçamentária; enquanto (2) nas repartições federativas de receita financeira (federalismo fiscal), os entes subnacionais lutam pela titularidade das verbas arrecadadas pelo ente central (pessoa jurídica)[[4]](#footnote-4).

Esse fundamento da coerção jurídica leva a outra questão: *a quem cabe o dever de transferir?* No orçamento impositivo, o dever incumbe ao Poder Executivo; na repartição federativa de receita financeira, o dever de transferir é do ente federado (pessoa jurídica).

Importante destacar que *a noção de transferência voluntária do presente texto é notadamente procedimental*, não se utilizando o conceito de transferência voluntária como sinônimo de transferência discricionária (que é o oposto de transferência obrigatória decorrente de despesa obrigatória)[[5]](#footnote-5). Transferência voluntária é aqui abordada como um procedimento específico de descentralização fiscal que utiliza convênios ou instrumentos congêneres (artigo 25 da LRF), seguindo normas e condicionantes rígidas (Portaria Interministerial n. 424/2016). Ressalta-se que uma transferência pode ser discricionária, mas independer da celebração de convênios ou instrumentos congêneres.

Percebe-se que há características próprias das transferências voluntárias que podem ocorrer ou não nas transferências discricionárias como a exigência de contrapartida e necessidade de projeto e convênios. Isso ocorre porque transferências voluntárias são espécies de transferências discricionárias[[6]](#footnote-6). Segundo o Tesouro Nacional, outros exemplos de transferências discricionárias são aquelas destinadas a: Fortalecimento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS); Programa de Aceleração do Crescimento – PAC; Programa de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres; Elevação da Escolaridade e Qualificação Profissional – Projovem; Plano de Ações Articuladas – PAR; Programa Território da Cidadania – PTC; Proteção a Pessoas Ameaçadas e recursos provenientes de Emendas Parlamentares[[7]](#footnote-7).

Não se ignora, no entanto, que há precedentes do Tribunal de Contas da União que não fazem essa distinção na nomenclatura utilizada. Por vezes, o TCU trata as transferências voluntárias como procedimento de descentralização de recursos, destacando a necessidade de convênios, instrumentos congêneres e outros ritos específicos decorrentes do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal[[8]](#footnote-8). Em outras ocasiões, a Corte de Contas Federal utiliza o termo como sinônimo de transferência discricionária[[9]](#footnote-9).

Essa distinção é importante, no entanto, para compreender o regime jurídico das transferências decorrentes de emendas parlamentares – que são transferências discricionárias em sua totalidade, mas podem seguir ritos variados.

### **Transferências especiais e transferências com finalidade definida: onde elas se encontram no debate sobre orçamento impositivo?**

As transferências decorrentes de emendas são transferências discricionárias conforme o critério da fonte da despesa, mas diferem entre si quanto ao grau de coerção jurídica. Há atualmente 4 (quatro) modalidades de emendas parlamentares ao orçamento público devidamente registradas com identificadores de resultado primário (RP) na Lei Orçamentária Anual (LOA): emendas parlamentares individuais (identificador RP 6); emendas parlamentares de bancada estadual ou do Distrito Federal (identificador RP 7); emendas parlamentares de comissão (identificador RP 8); e emendas de relator-geral, que é o parlamentar que organiza e ajusta o projeto de lei orçamentária (identificador RP 9).

Em regra, somente as emendas parlamentares individuais e as emendas parlamentares de bancada podem ser formalmente classificadas como impositivas, em virtude dos §§ 9º e 12 do artigo 166 da Constituição. Reconhece-se, entretanto, que há uma dificuldade prática de estabelecer limites para a impositividade das demais modalidades de emendas[[10]](#footnote-10).

As emendas individuais e as de bancada (orçamento impositivo) possuem limites constitucionais, critérios equitativos de alocação e execução obrigatória pelo Poder Executivo. De forma distinta, nas emendas de comissão e nas do relator-geral (orçamento autorizativo), o montante de recursos, seus critérios de distribuição e sua execução acabam sendo resultado do jogo político entre o Governo e o Congresso. Notadamente, ressalta-se um grande poder concentrado no relator-geral. Esta margem de abertura para a negociação política foi o que criou o “Orçamento Secreto”[[11]](#footnote-11), prática que utilizava as emendas de relator-geral (RP 9) como instrumento de alocação de recursos sem transparência e *accountability* – sendo julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal[[12]](#footnote-12).

Em relação às emendas de orçamento impositivo, observa-se que, enquanto emendas individuais tendem a atender interesses políticos pontuais de parlamentares em municípios, as emendas de bancada estadual têm o objetivo de tocar obras estruturantes de execução plurianual[[13]](#footnote-13).

*Nas emendas orçamentárias em geral, o parlamentar decide sobre o quê*?

O autor da emenda decide apenas sobre gastos específicos e não sobre o montante total das despesas do orçamento público. A primeira coisa que se deve ter em mente é que o parlamentar não aumenta as despesas previstas no orçamento, porquanto as emendas ao projeto de lei orçamentária não são propriamente despesas, mas sim instrumentos constitucionais para defini-las. Sujeitam-se, logo, a inúmeras normas de origem constitucional, legal e regimental. Na prática, emendas parlamentares não aumentam o total de despesas em razão dos cancelamentos que devem ser realizados em outras programações constantes do projeto do orçamento como condição para emendar o projeto de lei orçamentária, na forma do inciso II do §3º do artigo 166 da Constituição[[14]](#footnote-14).

Há, nessa situação, um efeito-substituição, com a troca de despesas propostas pelo Executivo por despesas propostas pelo Legislativo, deslocando-se parcela do poder decisório sobre o orçamento do Executivo para o Legislativo em um montante fixo de recursos. Observa-se que, embora haja percentuais mínimos de execução obrigatória[[15]](#footnote-15), inclusive o montante total de emendas de orçamento impositivo poderia diminuir nos casos extremos em que não houvesse despesas primárias discricionárias passíveis de anulação[[16]](#footnote-16).

### **O que são** **transferências especiais e transferências com finalidade definida?**

Introduzidas pela Emenda Constitucional 105/2019, atualmente as transferências especiais e transferências de finalidade definida são previstas no artigo 166-A da Constituição:

Art. 166-A. As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de:

I - transferência especial; ou

II - transferência com finalidade definida.

§ 1º Os recursos transferidos na forma do caput deste artigo não integrarão a receita do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo, nos termos do § 16 do art. 166, e de endividamento do ente federado, vedada, em qualquer caso, a aplicação dos recursos a que se refere o caput deste artigo no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, e com pensionistas; e

II - encargos referentes ao serviço da dívida.

§ 2º Na transferência especial a que se refere o inciso I do caput deste artigo, os recursos:

I - serão repassados diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere;

II - pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira; e

III - serão aplicadas em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado, observado o disposto no § 5º deste artigo.

§ 3º O ente federado beneficiado da transferência especial a que se refere o inciso I do caput deste artigo poderá firmar contratos de cooperação técnica para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos.

§ 4º Na transferência com finalidade definida a que se refere o inciso II do caput deste artigo, os recursos serão:

I - vinculados à programação estabelecida na emenda parlamentar; e

II - aplicados nas áreas de competência constitucional da União.

§ 5º Pelo menos 70% (setenta por cento) das transferências especiais de que trata o inciso I do caput deste artigo deverão ser aplicadas em despesas de capital, observada a restrição a que se refere o inciso II do § 1º deste artigo.

O artigo 166-A estabelece que as emendas individuais podem alocar recursos aos demais entes mediante transferências especiais e transferências com finalidade definida.

A *transferência especial* foi a espécie que representou a verdadeira inovação apresentada pelo texto do artigo 166-A do texto constitucional. Essa modalidade de repasse é realizada diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente da identificação da programação específica no orçamento federal e da celebração de convênio ou de instrumento congênere. Sua característica mais marcante é a previsão de que seus recursos passam a pertencer ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira, havendo quem defenda que possua natureza jurídica de doação (sem contrapartida) [[17]](#footnote-17).

Os recursos dessa modalidade de transferência devem ser aplicados em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado. Em razão da velocidade em que os recursos transferidos chegam aos seus beneficiários sem a intermediação bancária de instituição financeira, essa modalidade de repasse foi apelidada de “emenda pix” (em referência ao modelo de pagamento eletrônico instantâneo em real brasileiro)[[18]](#footnote-18).

*Por que foram criadas as transferências especiais?* Em verdade, seus benefícios prevaleceram durante os debates no Congresso Nacional. A arquitetura simplificada desses repasses teriam as seguintes vantagens: (1) o destrave da excessiva burocracia imposta pelo atendimento das regras das transferências voluntárias; (2) redução da avalanche de obras paralisadas ou inacabadas em todo o país em razão de tal burocracia; (3) incentivo aos gestores, sobretudo para alavancarem os investimentos públicos em infraestrutura ou em equipamentos públicos, estimulando a atividade econômica local; e (4) diminuição nos custos de gestão pela Caixa Econômica Federal (instituição financeira mandatária), cuja taxa de administração variava de 2,5% a 11,7% sobre o valor das emendas[[19]](#footnote-19).

A *transferência com finalidade definida*, em verdade, é conceituada por exclusão e se trata de um regime geral de descentralização fiscal observado pelas emendas parlamentares de execução obrigatória. Na prática, essas transferências já eram realizadas antes da Emenda Constitucional 105/2019[[20]](#footnote-20), embora não tivessem a atual denominação que lhes foi dada pelo artigo 166-A. Encontram-se aqui as transferências fiscais decorrentes de orçamento impositivo que não são da nova modalidade “transferência especial”. Essa transferência observa a tradição do direito orçamentário de especificar a programação federal a qual se vincula e destina a despesa pública (orçamento-programa) e de ter seus recursos aplicados em áreas de competência constitucional da União (privativa, comum ou concorrente). Essas características genéricas são aplicáveis à toda emenda parlamentar (programação específica e observância dos limites da competência).

Alerta-se que a transferência com finalidade definida não segue necessariamente o rito da transferência voluntária como defendido por alguns estudiosos e técnicos[[21]](#footnote-21). Esse tipo de repasse detém características singulares (inexistência do óbice de inadimplência, por exemplo) e pode seguir outros procedimentos. Nesse sentido, essa modalidade de transferência pode seguir tanto o rito das transferências “fundo a fundo”, quanto o rito tradicional de transferências voluntárias realizadas por convênios ou instrumentos congêneres[[22]](#footnote-22) – podendo seguir inclusive outros ritos eventualmente criados pelo legislador infraconstitucional.

Uma interpretação sistemática do texto do artigo 166-A da Constituição com seu regulamento infraconstitucional leva a crer que as transferências com finalidade definida não se resumem ao rito das transferências voluntárias. Há, por exemplo, previsão expressa de transferência “fundo a fundo” na regulamentação das transferências de finalidade definida nas portarias interministeriais que tratam do assunto[[23]](#footnote-23).

Por outro lado, o §4º do artigo 166-A da Constituição silencia a respeito da necessidade de celebração de convênio ou de instrumento congênere, somente vinculando a despesa à “programação estabelecida na emenda parlamentar” – programação essa que pode indicar modalidades de despesas distintas das transferências voluntárias (aplicação direta e transferência “fundo a fundo”)[[24]](#footnote-24).

É digno de nota que as emendas individuais destinadas à área da saúde (pelo menos metade) são consideradas como sendo de finalidade definida, não podendo ser veiculadas por transferências especiais[[25]](#footnote-25).

A inobservância das regras procedimentais exigidas para as transferências com finalidade definida pode resultar em impedimento de ordem técnica à execução da despesa. As razões que acarretam tais impedimentos são especificadas em portarias do Poder Executivo e, usualmente, consistem em um amplo rol de itens para as despesas operacionalizadas via transferências com finalidade definida, enquanto limitam-se a número bem inferior para a modalidade “transferências especiais”. Isso ressalta a maior facilidade desse último tipo de repasse em entregar os recursos ao destinatário[[26]](#footnote-26).

Destaca-se que a Constituição (por meio da EC n. 105/2019) é literal no sentido de que somente as emendas individuais podem alocar recursos aos demais entes por meio da nova modalidade (transferência especial). A Carta Magna não fornece suporte jurídico para estender o mecanismo das transferências especiais às emendas de bancada pela via infraconstitucional, necessitando de outra emenda constitucional para tanto[[27]](#footnote-27).

Por último, é possível defender que Estados possam reproduzir essas regras de emendas parlamentares impositivas em matéria orçamentária em suas constituições estaduais, desde que a reprodução seja idêntica e posterior à EC n. 105/2019 em razão do princípio da simetria[[28]](#footnote-28).

### **O destino das verbas, as condições do gasto, a titularidade da receita e o controle.**

Os recursos das emendas parlamentares não estão vinculados exclusivamente às transferências intergovernamentais. Emendas parlamentares também podem enviar recursos para instituições privadas sem fins lucrativos ou para unidades orçamentárias de dentro da estrutura do ente político por aplicação direta (como um senador que poderia enviar recursos adicionais para uma Universidade Federal por meio de emenda)[[29]](#footnote-29). Algumas observações acerca do destino das transferências são necessárias.

### **A quem se destinam as** **transferências especiais? E as transferências com finalidade definida?**

Embora o texto do artigo 166-A da Constituição se refira expressamente às transferências para outros entes governamentais (Estados, Distrito Federal e Municípios), tal restrição de entrega aplica-se somente às transferências especiais. Isso porque as transferências com finalidade definida são um regime geral de descentralização fiscal anterior à EC. n. 105/2019 aplicável não somente às emendas individuais (objeto do art. 166-A), mas também às emendas de bancada. No tocante às condições das despesas, a norma cuida ainda de regras específicas para emendas individuais (§1º do art. 166-A).

Enquanto as transferências especiais só podem ser destinadas a outros entes federados enquanto pessoas jurídicas, transferências com finalidade definida podem beneficiar consórcio público, serviço social autônomo, entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, organização da sociedade civil e fundos estaduais, distritais ou municipais[[30]](#footnote-30).

É possível a transferência especial para consórcios públicos? Não. Mesmo que o consórcio público configure associação entre dois ou mais entes da federação (Lei federal n. 11.107/2005), não é possível que seja destinatário dessa modalidade de transferência. Nas transferências especiais, somente poderão ser indicados como beneficiários os entes federados (Estados, Municípios e o Distrito Federal), devendo a indicação (no SIOP) ocorrer diretamente no CNPJ principal do referido ente da federação, em atendimento ao disposto no art. 166-A, § 2º, I, da Constituição[[31]](#footnote-31).

### **Quais são as condições para o gasto?**

Independentemente do tipo de transferência, os recursos transferidos pelas emendas parlamentares individuais: a) não integrarão a receita do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios para fins de repartição e para o cálculo dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo, nos termos do § 13 do art. 166 da Constituição Federal, e de endividamento do ente federado; b) não poderão ser destinados para pagamento de: (b.1) despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, e com pensionistas; e (b.2) encargos referentes ao serviço da dívida.

No cômputo total dos recursos do parlamentar, continua a obrigatoriedade de aplicação do percentual mínimo de 50% em ações e serviços públicos de saúde (ASPS). Reitera-se que as transferências destinadas a essa finalidade somente serão admitidas na modalidade de transferência com finalidade definida[[32]](#footnote-32).

No caso específico da Transferência Especial, os recursos desta modalidade (calculados pelo total) deverão ser aplicados em despesas de capital em montante não inferior a 70% (setenta por cento), na forma do §5º do artigo 166-A da Constituição.

Os procedimentos das Transferências com finalidade definida e aqueles utilizados nas Transferências especiais possuem diferenças marcantes entre si no tocante aos instrumentos de repasse, estipulação de plano de trabalho, cronograma, etc.

### **Qual é o procedimento de repasse das transferências com finalidade definida?**

A transferência com finalidade definida pode seguir basicamente dois ritos: (1) o rito de transferências “fundo a fundo”; e (2) o rito tradicional de transferências voluntárias realizadas por convênios ou instrumentos congêneres.

Há, consequentemente, dois procedimentos distintos e específicos de transferência de recursos: uma (fundo a fundo)[[33]](#footnote-33) que, operacionalizada por meio de repasses diretos entre fundos de entes federados, geralmente se destina a atender despesa obrigatória e de caráter continuado[[34]](#footnote-34) advinda de lei, medida provisória ou ato administrativo; e outra (transferência voluntária) que decorre do disposto em instrumento formal de repasse para a realização de uma determinada ação (por exemplo, a construção de escolas públicas e hospitais).

Muitas transferências com finalidade definida são destinadas ao Fundo de Saúde para custeio de despesas correntes (fundo a fundo), considerando que um percentual mínimo de 50% das emendas individuais deve ser destinado a ações e serviços públicos de saúde (ASPS).

*As transferências com finalidade definida vinculadas aos convênios seriam o mesmo que transferências voluntárias?*

Em verdade, embora possam igualmente financiar projetos, essas duas transferências possuem algumas diferenças marcantes em seus regimes jurídicos e em seus procedimentos. Quando as transferências de emendas de execução obrigatória seguem o rito tradicional de convênios e instrumentos congêneres, tais repasses de verbas possuem uma garantia qualificada de exequibilidade em relação às transferências voluntárias do artigo 25 da LRF.

O ordenamento jurídico (Constituição, LRF, LDO, atos infralegais) determinou uma série de condições a serem cumpridas pelo ente recebedor de transferência voluntária. A proibição de conceder e receber transferências voluntárias é forma usual pela qual a União sanciona os demais entes pelo descumprimento de algumas regras fiscais (limites com pessoal e dívida, etc.). As transferências voluntárias exigem dos entes beneficiários uma série de requisitos prévios (inciso IV do §1º do art. 25 da LRF): (a) adimplência e prestação de contas em relação a tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor; (b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; (c) observância de normas de endividamento e despesas; e (e) previsão orçamentária de contrapartida.

Os repasses resultantes de emendas de orçamento impositivo independem da adimplência do ente federativo destinatário (art. 166, § 16, da CF), devem seguir critérios para a execução equitativa da programação (art. 166, § 12, da CF) e somente não serão executados nos casos dos impedimentos de ordem técnica (art. 166, § 13, da CF).

### **Qual é o procedimento de repasse das transferências especiais?**

O procedimento das transferências especiais é simplificado e independe de convênio ou instrumentos congêneres. Não há estipulação de plano de trabalho, metas, cronograma, contrapartida, etc.

Ao contrário das transferências com finalidade definida, o art. 166-A da CF não especifica se os recursos das transferências especiais precisam ser aplicados em área de política pública de competência comum entre União e o ente recebedor. Determina-se apenas que os recursos sejam destinados para programações finalísticas do Poder Executivo local, não cabendo a interferência da União na especificação do destino dos recursos que, no momento da transferência, passam a pertencer ao ente beneficiário. Geralmente, a definição de programações finalísticas, no âmbito dos entes federativos, é oriunda da lei de Plano Plurianual (PPA)[[35]](#footnote-35).

A transferência da titularidade dos recursos financeiros se dá de forma automática no caso das transferências especiais após a mera tradição dos recursos. Sem que haja celebração de convênio ou de instrumento congênere, a transferência se perfectibiliza após a realização de depósito em conta corrente do CNPJ do ente beneficiado, que será notificado pela plataforma eletrônica federal[[36]](#footnote-36).

*Após a realização da transferência especial, poderia o ente recebedor repassar os recursos a uma entidade privada sem fins lucrativos?*

Sim. Isso porque a norma que restringe a legitimidade para receber transferências especiais ser direcionada à União e não aos entes destinatários. Não há óbices constitucionais de que se firmem parcerias com entidades do terceiro setor para a consecução do objeto da despesa. Os recursos alocados a Estados, ao Distrito Federal e a Município mediante transferências especiais passam a pertencer ao ente federado beneficiário no ato da efetiva transferência financeira. A decisão pela modalidade de execução mais adequada cabe, portanto, ao recebedor.[[37]](#footnote-37)

Denota-se, contudo, que a execução descentralizada dos recursos de transferência especial pelo ente federado beneficiário deve observar, conforme o caso, o disposto na Lei de licitações (Leis n. 8.666/1993 e 14.133/2021) nos casos de celebração de convênios, ajustes e outros instrumentos congêneres, bem como as disposições da Lei n. 13.019/2014 quando da celebração de termos de colaboração e termos de fomento com as organizações da sociedade civil[[38]](#footnote-38).

### **Como se operam a mudança de titularidade e o controle dos recursos?**

Segundo o §2º, II, do artigo 166-A da Constituição, os recursos objeto da transferência especial “pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira”. Cuida-se do principal aspecto da modalidade de transferência introduzida pela EC 105/2019, porquanto a titularidade da receita impacta diretamente na competência fiscalizatória. Segundo os incisos II e VI do artigo 71 da Constituição, compete ao Tribunal de Contas da União (TCU) respectivamente “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” que integram o erário federal e “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

Percebe-se que os recursos das transferências especiais escapam o controle do TCU não somente em razão da ausência de obrigatoriedade de “convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres” (inciso I do §2º do artigo 166-A), mas igualmente porque tais valores passam a integrar o erário do ente beneficiário a partir da efetivação da transferência (inciso II do §2º do artigo 166-A). No caso, a competência fiscalizatória seria repassada aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais responsáveis pela fiscalização dos entes subnacionais beneficiários.

Uma pergunta é necessária: *Somente há troca de titularidade das verbas nas transferências especiais?* Não. Transferências voluntárias também importam em mudança de titularidade, ao menos no que diz respeito ao objeto resultante da programação orçamentária. O que ocorre, portanto, é um diferimento da titularidade das verbas e um regime diferenciado de controle.

No caso das transferências especiais e nas transferências “fundo a fundo”, a mudança de titularidade ocorre concomitantemente ao ato de efetiva transferência financeira aos entes federados. A transferência dominial é dos recursos, e não dos bens ou serviços resultantes. No caso das transferências com finalidade definida decorrentes de convênios (transferências voluntárias), a mudança da titularidade ocorre a partir da conclusão do acordo pactuado e da respectiva aprovação das contas, com a entrega de bem ou serviço ao governo local conforme ajuste celebrado, caso tais itens resultem do ajuste.

Trata-se de distinção importante, porquanto caso haja sobra de saldo financeiro na conta do convênio ao final de uma obra, por exemplo, esses valores devem ser retornados ao órgão concedente, com reajuste monetário, nos termos do convênio e no prazo estabelecido para a apresentação da prestação de contas[[39]](#footnote-39).

Há outras consequências dessa transferência de titularidade que influenciam na atuação judicial do Ministério Público Federal e da União. Nos casos de desvios e má utilização dos recursos repassados, a titularidade destas verbas reflete na legitimidade ativa para ajuizamento das ações judiciais de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa. Esse reflexo é de visualização mais fácil no caso das transferências especiais, cujos recursos mudam de titularidade a partir da efetiva transferência financeira, sendo o ente beneficiário o exclusivo legitimado para ajuizamento de ação judicial de ressarcimento e de improbidade administrativa.

No caso das transferências voluntárias (e as de finalidade definida), a análise do dano ao erário exige análise detalhada do acordo ou ajuste de cooperação objeto do repasse (contrapartida, obrigações, deveres, domínio dos bens e serviços etc.). O interesse processual do Ministério Público Federal e da União é mais fácil visualização nesses casos. Os órgãos dos entes subnacionais teriam um ônus argumentativo maior comprovar um dano ao erário passível de legitimar a sua atuação no feito (como a previsão de uma contrapartida financeira, por exemplo).

Em suma, a natureza do recurso determina quem fiscaliza sua aplicação. Recursos da União (federais) são fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e pelos órgãos de controle interno federais, independente de quem esteja gerindo ou aplicando tais recursos. A mesma lógica é aplicável à fiscalização dos recursos estaduais, municipais e do Distrito Federal, cuja competência é das respectivas instâncias de controle. Consequentemente, o mesmo raciocínio se aplica quanto a qual Ministério Público incumbe atuar e quais órgãos da Justiça terão competência para julgar feitos relacionados ao emprego desses recursos financeiros (ex: ações de improbidade administrativa, ações civis públicas, ações populares etc.).

Permanecem inalteradas, entretanto, as competências para julgar e fiscalizar crimes comuns e de responsabilidade que envolvem agentes e autoridades federais, visto que o parâmetro não é a natureza das verbas públicas envolvidas, mas sim a natureza do crime, o lugar onde se consuma o crime, onde foi executado o último ato de execução, foro de prerrogativa de função do agente investigado etc (artigos 69 a 87 do Código de Processo Penal).

Uma possível conclusão seria de que a titularidade importa apenas para fins de controle, havendo sempre uma transferência dominial, qualquer que seja a modalidade das transferências. A questão que resta é saber o motivo pelo qual parlamentares decidiriam o modelo de repasse como transferências especiais ou transferências com finalidade definida.

*O que decidiu o TCU sobre o caso?* No Acórdão 518/2023 - (TC 032.080/2021-2), o Tribunal de Contas da União julgou a seguinte tese:

9.2.1. a fiscalização sobre a regularidade das despesas efetuadas na aplicação de recursos obtidos por meio de transferência especial pelo ente federado é de competência do sistema de controle local, incluindo o respectivo tribunal de contas, desde a promulgação da Emenda Constitucional 105, de 12 de dezembro de 2019

9.2.2. a fiscalização sobre o cumprimento, pelo ente beneficiário da transferência especial, das condicionantes que a legitimam, previstas no art. 166-A, § 1º, incisos I e II, § 2º, inciso III, e § 5º, é de competência federal, incluindo o Tribunal de Contas da União;

9.2.3. a comprovação do cumprimento das condicionantes constitucionais será feita pelo ente federado por meio de informações e documentos inseridos na Plataforma +Brasil (ou no Transferegov.br), na forma e nos prazos disciplinados em instrução normativa a ser editada pelo TCU, dispensada a prestação de contas para esse fim específico e reservadas as competências próprias dos tribunais de contas locais na fiscalização sobre a aplicação dos recursos;

9.2.4. se for verificado o descumprimento de qualquer condicionante, tornando inválida a transferência especial, ou a omissão no dever de disponibilizar os elementos necessários à sua verificação, o TCU poderá instaurar processo de tomada de contas especial, com vistas à responsabilização do ente federado pelo débito decorrente do desvio para finalidade irregular ou da não comprovação da regularidade, a ser recolhido aos cofres da União, bem como para eventual aplicação de sanções ao gestor que praticou o ato infringente, comissivo ou omissivo;

O Tribunal de Contas da União se julgou competente, portanto, para fiscalizar as condicionantes constitucionais das transferências especiais (§§1º e 5º do artigo 166-A da CF), podendo invalidar a decisão do parlamentar que alocou os recursos. Entende a corte federal de contas que há uma competência comum fiscalizatória nesses casos.

Denota-se que, no item 9.2.4 do dispositivo do julgado, o TCU não somente se julgou competente para sancionar o gestor público local infrator (artigo 71, VIII, da CF), como também se julgou competente para invalidar a transferência especial, responsabilizando o “ente federado pelo débito decorrente do desvio para finalidade irregular ou da não comprovação da regularidade”. Em tese, isso daria ao Tribunal de Contas da União a competência para invalidar a decisão do parlamentar em sede de emenda individual de execução obrigatória, tornando sem efeito a mudança de titularidade das verbas.

*Pode o Tribunal de Contas da União invalidar a decisão do parlamentar, em sede de emenda individual, por descumprimento das condicionantes constitucionais da transferência especial?*

Essa interpretação esvaziaria o expresso texto do artigo 166-A da Constituição. Isso porque, na prática, a mudança de titularidade vem antes da realização da despesa. Consequentemente, a eventual invalidação da despesa pelo Tribunal de Contas da União afetaria o ato anterior da operação – a indicação do beneficiário pelo parlamentar.

Mesmo que discutível, uma questão é defender que a despesa é irregular e responsabilizar o gestor local. Outra questão totalmente distinta é invalidar a decisão do parlamentar, tornando sem efeito a mudança de titularidade das verbas. Na primeira, responsabiliza-se pessoalmente o gestor. Na segunda hipótese, responsabiliza-se a pessoa jurídica, que consequentemente será obrigada a ressarcir o valor repassado por emenda.

Em verdade, a transferência especial torna-se ato jurídico perfeito a partir da efetiva tradição dos recursos, quando há a mudança de titularidade. A partir de tal momento, a competência fiscalizatória para sancionar passa a ser do tribunal de contas local competente.

Discutível ainda a prerrogativa do TCU para invalidar uma decisão legislativa (uma norma orçamentária) pela inconstitucionalidade de atos do gestor local recipiente das verbas. Isso porque: (1) afronta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual o Tribunal de Contas da União não pode afastar incidência de norma sob o fundamento de exercer o controle de constitucionalidade[[40]](#footnote-40); (2) não há nexo de causalidade entre o ato invalidado (decisão do parlamentar) e o ato infrator (descumprimento de condicionalidades pelo gestor local); (3) a apreciação do controle pelo TCU se daria sobre verbas de titularidade de entes subnacionais; (4) impossibilidade operacional de cisão entre o controle das condicionalidades do artigo 166-A, de uma lado, e a regularidade geral da execução orçamentária dessas verbas do outro, podendo haver conflito de interpretações entre diferentes cortes de contas.

Não se ignora, contudo, a necessidade de regulamentar e fortalecer mecanismos de controle das transferências especiais, impedindo o recebimento de novos repasses por entes que não cumprem as condicionantes do artigo 166-A.

### **As possibilidades de regulamentação de procedimento das transferências especiais no ente federado de destino**

Expressamente, o artigo 166-A da Constituição Federal somente fala em contratos de cooperação técnica para monitorar transferências especiais. A Constituição fala na possibilidade de se firmarem *contratos de cooperação técnica* para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos, conforme §3º do artigo 166-A. Esses contratos ou acordos de cooperação técnica se diferenciam de convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada pelo simples fato de não existir a possibilidade de transferência de recursos entre os partícipes.[[41]](#footnote-41) Isso porque a transferência especial independe de instrumento contratual para a sua perfectibilização.

O objeto desse contrato de cooperação não cuida de uma relação vertical de controle e fiscalização dos recursos financeiros entre o ente transferidor e o ente beneficiário, mas apenas relação horizontal de cooperação e acompanhamento da execução orçamentária. Tal norma pode ser lida de duas formas: (1) cooperação técnica entre órgãos de controle externo (TCU, TCE, TCM, MPF e MPE); e (2) cooperação técnica entre órgãos federais e os entes subnacionais que executam as obras ou serviços.

Há outras possibilidades no âmbito da autonomia de estados e municípios, no entanto, desde que obedecidas as regras estruturantes do artigo 166-A da Constituição referentes às condicionalidades de gastos e as normas gerais de finanças públicas (Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei n. 4320/1964). Pensa-se inicialmente nos seguintes instrumentos: (1) leis e decretos; (2) emenda à constituição estadual.

Se o objeto de regulamentação for apenas o detalhamento do procedimento contábil e operacional das verbas decorrentes de transferências especiais dentro do orçamento do ente federado recipiente, poder-se-ia falar em lei ou decreto. Ressalta-se, no entanto, que os decretos e regulamentos não possuem valor normativo primário, de forma que têm função meramente regulamentar da lei, possuindo função normativa secundária e subordinação à lei (artigos. 84, IV e VI da Constituição Federal)[[42]](#footnote-42). Se for necessária a normatização de forma diferente do que está disposto em lei estadual, então o instrumento adequado será uma lei.

No entanto, se o procedimento a ser adotado incluir regramento tanto para estados quanto para municípios, poder-se-ia falar em emenda à constituição estadual. Nesse caso, poder-se-ia falar em normas próprias de fiscalização por Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais de Contas dos Municípios (onde houver). Isso porque o regramento de uma constituição estadual possui normas aplicáveis ao Estado e aos municípios que se encontra em seu território. Segundo Fernanda Dias Menezes de Almeida:

De fato, as Constituições Estaduais também se ocupam com os Municípios, que, embora entes autônomos, se localizam dentro do território do Estado-membro, devendo harmonizar-se com as regras de convivência estabelecidas pelo poder constituinte decorrente. E, sem dúvida, o Estado, mesmo tendo perdido a competência de elaborar a Lei Orgânica dos Municípios, continua a ter papel de relevo em suas vidas, se considerarmos, por exemplo, que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos do art. 18, § 4º da Constituição, far-se-ão por lei estadual, dentro de período determinado por lei complementar federal. Porém, como afirmado em momento anterior, um dos limites que se põe ao poder constituinte estadual é justamente a autonomia municipal, que, se atingida, pode ensejar intervenção federal no Estado[[43]](#footnote-43).

No caso dessa norma da Constituição estadual, deve-se ter cautela para evitar detalhamento do procedimento contábil e operacional das verbas decorrentes de transferências especiais dentro do orçamento do ente municipal. Nesse último caso, haveria a possibilidade de ferir a autonomia municipal.

Ressalta-se que as regras do artigo 166-A são normas de reprodução obrigatória em razão do princípio da simetria. É possível defender que Estados possam reproduzir as regras de emendas parlamentares impositivas em matéria orçamentária em suas constituições estaduais, desde que a reprodução seja idêntica e posterior à EC nº 105/2019 em razão do princípio da simetria[[44]](#footnote-44) . É o caso do artigo 175-A da Constituição Estadual de São Paulo (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 50/2021), segundo o qual *"As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos aos Municípios por meio de: I - transferência especial; ou II - transferência com finalidade definida".* A Constituição Estadual deve observar igualmente as normas gerais de finanças públicas dispostas em legislação federal (Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei n. 4320/1964).

# **Conclusão**

Apresentam-se as seguintes proposições:

1. A transferência especial, modalidade de repasse incondicionado, foi a espécie que representou a verdadeira inovação apresentada pelo texto do artigo 166-A na Constituição, permitindo a imediata transmissão de titularidade dos recursos repassados aos governos subnacionais com amplo poder de definição de gastos. A transferência com finalidade definida, em verdade, é conceituada por exclusão e se trata de um regime geral de descentralização fiscal observado pelas emendas parlamentares, podendo seguir inúmeros ritos legais de repasses de recursos. Na prática, essas transferências já eram realizadas antes da Emenda Constitucional 105/2019.
2. A transferência da titularidade dos recursos financeiros se dá de forma automática no caso das transferências especiais após a mera tradição dos recursos. No caso, a competência fiscalizatória seria repassada aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais responsáveis pela fiscalização dos entes subnacionais beneficiários.
3. Há outras consequências dessa transferência de titularidade que influenciam na atuação judicial do Ministério Público Federal e da União. Nos casos de desvios e má utilização dos recursos repassados, a titularidade destas verbas reflete na legitimidade ativa para ajuizamento das ações judiciais de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa. Esse reflexo é de visualização mais fácil no caso das transferências especiais, cujos recursos mudam de titularidade a partir da efetiva transferência financeira, sendo o ente beneficiário o exclusivo legitimado para ajuizamento de ação judicial de ressarcimento e de improbidade administrativa.
4. A regulamentação dos procedimentos a serem seguidos para operacionalizar os recursos provenientes de transferências especiais pode ser realizada, conforme o caso, por: contratos de cooperação técnica, leis e decretos; e emenda à constituição estadual. Em todos os casos, devem ser obedecidas as regras estruturantes do artigo 166-A da Constituição referentes às condicionalidades de gastos e as normas gerais de finanças públicas (Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei n. 4320/1964).

# **Referências**

ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de. *Transferências Especiais e Incentivos Parlamentares*. XI Prêmio SOF de monografias. Tema 2: Inovação e Orçamento Público. Brasília: ENAP, 2022.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Atividade constituinte nos estados e nos municípios. In: Federalismo e Poder Judiciário / coordenação: Renato Siqueira de Pretto, Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019.

ARIKAN, G. Gulsun. “Fiscal Decentralization: A Remedy for Corruption?”. *International Tax and Public Finance*, 11, pp. 175–95, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; OSORIO, Aline. As constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019.

BORALI, Natasha. *Capacidade estatal e tribunais de contas no Brasil: uma análise sobre seus recursos humanos e informacionais*. 2018. Tese de Doutorado. Fundação Getulio Vargas. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2018.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional*. O que você precisa saber sobre as transferências fiscais da União - princípios básicos*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 048-A, de 2019*. Senado Federal: Brasília, 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Nota Técnica 42/2019*. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Assunto: PEC 34/2019, que “altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica”. Senado Federal: Brasília, 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica n. 01/2019* - 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Combate à corrupção. Brasília: MPF, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Nota Técnica 02/2021*. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Assunto: Transferência Especial da União aos demais Entes (art. 166-A da CF). Modalidade restrita às emendas individuais. Câmara dos Deputados: Brasília, 2021.

BRASIL. Congresso Nacional*. Manual de Emendas Orçamento da União para 2023 - Instruções para elaboração de emendas ao PLN 32/2022-CN*. Brasília: Congresso Nacional, 2023.

BRASIL. Senado Federal*. Glossário de termos orçamentários*. Portal do Senado Federal. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/congresso/legislacao-e-publicacoes/glossarioorcamentario/-/orcamentario/termo/ciclo_orcamentario>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais - Ano base 2021.* Tesouro Nacional: Brasília, 2022. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/stn-divulga-novoboletim-de-financas-de-estados-e-municipios>. Acesso em 29/03/2023.

CONTI, José Mauricio. *A luta pelo direito financeiro*. São Paulo: Blucher Open Access, 2022.

FARIA, Rodrigo. O redesenho das instituições orçamentárias, a explosão das emendas de relator-geral RP-9 e o julgamento do orçamento secreto pelo STF. *Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento (RBPO)*, Volume 13, e2302, p. 1-24. RBPO: Brasília, 2023.

GERBASE, Livi. O orçamento secreto e suas implicações na garantia de direitos humanos. *Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC)*. INESC: Brasília, 2021.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 15. ed, ampliada, revista e atualizada - São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luciano de Souza. Repasse de recursos: convênio ou transferência fundo a fundo? *Orçamento público em discussão n. 08*. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Senado Federal: Brasília, 2013.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, p. 89–119-89–119, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLKOWSKI, Gustavo Ferreira. *Planejamento da Licitação de Obras Públicas de Edificação e Saneamento.* 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ROCHA, Enivaldo Carvalho da et al. Capacidade institucional e corrupção: Tribunais de Contas Estaduais em perspectiva comparada. *Revista Debates,* v. 8, n. 3, p. 181-204, 2014.

SHAH, Anwar. *Corruption and decentralized public governance*. World Bank Policy Research Working Paper 3824. World Bank: Washington, D.C., 2006.

TREISMAN, Daniel. *The* *architecture of government: Rethinking political decentralization*. Cambridge University Press: Los Angeles, 2007.

VELOSO, João Francisco Alves et al. Uma visão inicial dos subsistemas da gestão pública municipal. In: VELOSO João Francisco Alves. et al. (org.). *Gestão municipal no Brasil: um retrato das prefeituras.* 1. ed. Brasília: Ipea, 2011.

1. Para fins de afastamento de autoplágio, declaro que o presente artigo foi, em grande parte, baseado em outro artigo de minha autoria. No entanto, o trabalho acima referido é original e nunca foi apresentado em qualquer outro evento da ANAPE para fins do inciso III do §2º do artigo 2º do edital de abertura de prazo para submissão de teses. [↑](#footnote-ref-1)
2. MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Transferências intergovernamentais de desempenho ou resultado: o federalismo fiscal da Nova Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, v. 280, n. 1, 2021, p. 93-94. [↑](#footnote-ref-2)
3. Nas palavras de Dayson Almeida: “Desde a edição da Emenda Constitucional 86/2015, as dotações incluídas na lei orçamentária por intermédio de emendas individuais passaram a ser impositivas, isto é, de execução obrigatória – superando a interpretação prevalente de que, em um orçamento autorizativo, as despesas previstas não são mandatórias”. Fonte: ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de. Transferências Especiais e Incentivos Parlamentares. XI Prêmio SOF de monografias. Tema 2: Inovação e Orçamento Público. Brasília: ENAP, 2022, p. 6 [↑](#footnote-ref-3)
4. Nesse contexto, a Constituição Federal estabeleceu a repartição de receitas entre os entes da Federação (artigos 157 a 160), as quais integram o rol de receitas próprias do ente beneficiário estadual, distrital ou municipal, sem possibilidade de imposição de restrições e condições pelo ente transferidor. [↑](#footnote-ref-4)
5. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, ora utiliza o conceito de transferência voluntária como antítese de transferência obrigatória, ora utiliza o conceito de transferência voluntária como procedimento específico de descentralização fiscal. Isso fica nítido no acórdão do plenário do TCU n. 518/2023, em que há menção de transferência especial como “transferência voluntária” que não segue o requisito dos convênios nem de instrumentos congêneres (procedimento). [↑](#footnote-ref-5)
6. Não se ignora a utilização da terminologia “transferência voluntária” como sinônimo de transferência discricionária, como será visto no item 3.3. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fonte: BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais - Ano base 2021. Tesouro Nacional: Brasília, 2022. [↑](#footnote-ref-7)
8. Há precedente da Corte de Contas Federal de antes da EC. n. 105/2019 que pondera que emendas individuais de orçamento impositivo também realizam descentralização de recursos por meio de transferências “fundo a fundo”. Nessa oportunidade, o termo “transferência voluntária” foi utilizada como uma espécie de procedimento (modalidade de aplicação). Cita-se trecho do acórdão do 2407/2019 do plenário do TCU: “54. Quanto à modalidade de aplicação, as emendas podem ser realizadas de diversas maneiras, sendo as mais comuns a concretização por transferências voluntárias (convênios e contratos de repasse), por transferências fundo a fundo (comuns nas áreas de saúde e educação) e aplicações diretas. Verificou-se que pouco mais da metade (52%) de todas as emendas individuais a estes órgãos se deu por meio de transferências voluntárias. A modalidade fundo a fundo alcançou 30% do quantitativo das emendas e 10% se deu por meio de aplicação direta. Restaram, contudo, 8% a definir, que indica uma provável inércia do parlamentar quanto a este aspecto. [↑](#footnote-ref-8)
9. No mesmo sentido, no Acórdão 518/2023 do plenário, ao tentar fixar a tese sobre o controle das transferências especiais, o TCU utilizou o termo transferência voluntária para especificar o regime discricionário das transferências que originam de emendas parlamentares de orçamento impositivo. O Tribunal julgou que as transferências especiais teriam natureza jurídica de transferência voluntária, embora não seguisses o rito dos convênios, nem tivessem a necessidade de contrapartida ou a exigência de adimplência por parte do ente beneficiário. Cita-se um trecho do acórdão: “No presente caso, vislumbra-se a natureza federal voluntária das transferências especiais uma vez que decorre de manifestação de vontade de agente federal – deputados e senadores federais – de repassar valores da cota de emendas para determinados estados ou municípios, com vistas a suplementar a participação federal no esquema cooperativo do federalismo fiscal brasileiro, seja em competências comuns entre União e entes subnacionais, seja naquelas exclusiva desses últimos (enquanto, nas transferências com finalidade definida, os recursos destinam-se a áreas de competência da União – art. 166-A, § 4º, inciso II, da CRFB). 140. Somente a partir daí a execução de emenda se torna impositiva, o que não se confunde com a definição de transferências obrigatórias. [...]. Por tudo que se disse, as transferências especiais hão de ser consideradas como modalidade de transferência voluntária sui generis”. [↑](#footnote-ref-9)
10. Rodrigo Faria esclarece essa questão: “A Emenda Constitucional nº 100, de 27 de junho de 2019, todavia, não somente trouxe a obrigatoriedade de execução das emendas de bancada, mas, também, outra inovação paradigmática: o estabelecimento do dever de execução das programações orçamentárias. Na sequência, a Emenda Constitucional nº 102, de 26 de setembro de 2019, complementou o disposto no § 10 do art. 165, aclarando o alcance do dispositivo, ao estabelecer que o “dever de execução” aplicar-se-ia exclusivamente às “despesas primárias discricionárias”. Fonte: FARIA, Rodrigo. O redesenho das instituições orçamentárias, a explosão das emendas de relator-geral RP-9 e o julgamento do orçamento secreto pelo STF. Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento (RBPO), Volume 13, e2302. RBPO: Brasília, 2023, p. 10-11. [↑](#footnote-ref-10)
11. GERBASE, Livi. O orçamento secreto e suas implicações na garantia de direitos humanos. Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC). INESC: Brasília, 2021. [↑](#footnote-ref-11)
12. A decisão de mérito do STF, concluída em 19.12.2022, por maioria, julgou procedentes os pedidos deduzidos nas ADPFs 850, 851, 854 e 1.014, para (a) declarar incompatíveis com a ordem constitucional brasileira as práticas orçamentárias viabilizadoras do chamado “esquema do orçamento secreto”, consistentes no uso indevido das emendas do Relator-Geral do orçamento para efeito de inclusão de novas despesas públicas ou programações no projeto de lei orçamentária anual da União. [↑](#footnote-ref-12)
13. Segundo o §20 do artigo 166 da Constituição (Incluído pela Emenda Constitucional nº 100, de 2019): “As programações de que trata o § 12 deste artigo, quando versarem sobre o início de investimentos com duração de mais de 1 (um) exercício financeiro ou cuja execução já tenha sido iniciada, deverão ser objeto de emenda pela mesma bancada estadual, a cada exercício, até a conclusão da obra ou do empreendimento”. [↑](#footnote-ref-13)
14. Art. 166. [...]. § 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:[...]; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa [...]. [↑](#footnote-ref-14)
15. No caso, 2% (dois por cento) para emendas individuais e 1% (um por cento) para emendas de bancada, calculados sobre receita corrente líquida do exercício anterior (§§ 9º e 12 do artigo 166 da Constituição). [↑](#footnote-ref-15)
16. Inteligência da interpretação conjunta do II do §3º do artigo 166 com os §§ 3º e 4º do artigo 107 do ADCT. Nesse sentido: BRASIL. Senado Federal. Nota Técnica 42/2019. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle. Assunto: PEC 34/2019, que “altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica”. Senado Federal: Brasília, 2019. [↑](#footnote-ref-16)
17. BRASIL. Câmara dos Deputados. Nota Técnica 02/2021. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Assunto: Transferência Especial da União aos demais Entes (art. 166-A da CF). Modalidade restrita às emendas individuais. Câmara dos Deputados: Brasília, 2021. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobre o nome “emendas pix”: INFOMONEY. Congresso quase dobra “emendas Pix” após STF derrubar orçamento secreto. 26 dez 2022 08h18. Disponível em: infomoney.com.br/politica/congresso-quase-dobra-emendas-pix-apos-stf-derrubar-orcamento-secreto/. Acesso em 04/05/2023. [↑](#footnote-ref-18)
19. BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 048-A, de 2019. Senado Federal: Brasília, 2019. [↑](#footnote-ref-19)
20. A justificativa do texto substitutivo que passou a prever e definir as transferências com finalidade definida é expressa ao apresentar a nova forma de repasse “transferência especial” mas faz a seguinte ressalva da prática de repasse que já ocorria: “sem prejuízo de opção pela forma como atualmente ocorre, ou seja, mediante transferência com finalidade definida”. Fonte: BRASIL. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 48-A, de 2019, do Senado Federal, Op. cit. [↑](#footnote-ref-20)
21. É a posição de alguns consultores da Câmara dos Deputados, segundo os quais a transferência com finalidade definida seguiria uma “forma tradicional de transferências voluntárias realizadas por convênios ou instrumentos congêneres”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Nota Técnica 02/2021, op. cit., p. 4. [↑](#footnote-ref-21)
22. Esses procedimentos de transferências voluntárias e “fundo a fundo” serão melhor explicados no item 3.3. [↑](#footnote-ref-22)
23. Notadamente: § 2º do artigo 7º da Portaria Interministerial MPO e MGI e PR/SRI Nº1/2023 e §2º do artigo 5º da Portaria Interministerial ME/SEGOV-PR n. 6.145/2021. Outra questão digna de nota diz respeito ao § 8º do artigo 7º da Portaria Interministerial MPO e MGI e PR/SRI Nº1/2023. Segundo tal dispositivo, a “indicação de emenda parlamentar, cujo beneficiário seja consórcio público, serviço social autônomo ou organização da sociedade civil, deve se dar na modalidade transferência com finalidade definida”. Se as transferências de finalidade definida fossem instituto novo e específico, elas deveriam ser limitadas aos entes federados e não às entidades privadas e associações de direito público (como os consórcios). [↑](#footnote-ref-23)
24. O fato de as transferências especiais independerem “de celebração de convênio ou de instrumento congênere” (inciso I do§2º do artigo 166-A) não leva à conclusão inversa em relação às transferências com finalidade definida, cujo texto constitucional silencia a respeito. Considerando uma interpretação autêntica, até as discussões legislativas que levaram à Ec. n. 105/2019 consideravam as transferências com finalidade definida como algo que já ocorria – lembrando que as emendas individuais com transferências “fundo a fundo” eram tão comuns quanto as transferências voluntárias. [↑](#footnote-ref-24)
25. BRASIL. Câmara dos Deputados. Nota Técnica 02/2021, op. cit., p. 4. [↑](#footnote-ref-25)
26. ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de. Transferências Especiais e Incentivos Parlamentares. XI Prêmio SOF de monografias. Tema 2: Inovação e Orçamento Público. Brasília: ENAP, 2022, p. 6-7. Ver ainda: a Portaria Interministerial ME/SEGOV n. 6.411/2021 e a Portaria Interministerial ME/SEGOV-PR n. 6.145/2021. [↑](#footnote-ref-26)
27. Essa é, inclusive, a posição do MPF na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 6786/DF ajuizada pelo Partido Novo em face do art. 76, § 1º, da Lei nº 14.116/2020 (LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias). Tal dispositivo previa a modalidade de transferência especial para as emendas de bancada estadual. O processo acabou extinto sem julgamento de mérito. [↑](#footnote-ref-27)
28. Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 6308, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2022; ADI 6670, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2021. [↑](#footnote-ref-28)
29. As emendas parlamentares poderiam, por exemplo, utilizar as seguintes modalidades de aplicação no orçamento federal: “30 – Transferências a estados e ao Distrito Federal”; “31 - Transferências a Estados e ao Distrito Federal - Fundo a Fundo”; “40 – Transferências a municípios”; “41 - Transferências a Municípios - Fundo a Fundo”; “50 – Transferências a instituições privadas sem fins lucrativos”; e “90 – Aplicação direta”. Este último caso seria o de uma emenda que tenha a finalidade de enviar recursos adicionais para uma Universidade Federal. Fonte: BRASIL. Congresso Nacional. Manual de Emendas Orçamento da União para 2023 - Instruções para elaboração de emendas ao PLN 32/2022-CN. Brasília: Congresso Nacional, 2023. [↑](#footnote-ref-29)
30. Artigo 7º da Portaria Interministerial MPO e MGI e PR/SRI Nº 1/2023. [↑](#footnote-ref-30)
31. BRASIL. Congresso Nacional. Manual de Emendas Orçamento da União para 2023 - Instruções para elaboração de emendas ao PLN 32/2022-CN. Brasília: Congresso Nacional, 2023, Seção “perguntas frequentes”, p. 162. Ressalta-se que SIOP é uma sigla para “Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento”, que configura um sistema informatizado existente que suporta os processos de Planejamento e Orçamento do Governo Federal [↑](#footnote-ref-31)
32. Ibid, p. 161. [↑](#footnote-ref-32)
33. A Transferência “Fundo a Fundo” configura instrumento de descentralização de recursos disciplinado em leis específicas que se caracteriza pelo repasse direto de recursos provenientes de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensando a celebração de convênios. Exemplos de fundos que operam essa modalidade de transferência são o Fundo Nacional da Assistência Social (FNAS) e o Fundo Nacional de Saúde (FNS). Fonte: Glossário de termos orçamentários. Portal do Senado Federal. Brasília, DF, [2023]. [↑](#footnote-ref-33)
34. Segundo o art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000): “Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.” [↑](#footnote-ref-34)
35. Na visão dos Consultores técnicos do Congresso Nacional, um programa-finalístico serve “para caracterizar as ações diretamente voltadas ao enfrentamento de um problema da sociedade, ao qual se associa objetivo e meta. Os programas finalísticos (chamados no passado de programas temáticos) contrapõem-se aos programas de gestão e manutenção governamental (art. 2º da Lei 13.971/2019), devendo resultar em uma entrega de bem ou serviço à sociedade”. Fonte: BRASIL. Câmara dos Deputados. Nota Técnica 02/2021. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. Assunto: Transferência Especial da União aos demais Entes (art. 166-A da CF). Modalidade restrita às emendas individuais. Câmara dos Deputados: Brasília, 2021. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ibid. [↑](#footnote-ref-36)
37. Congresso Nacional. Manual de Emendas Orçamento da União para 2023, Op. cit., p. 162. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ibid. [↑](#footnote-ref-38)
39. OLKOWSKI, Gustavo Ferreira. Planejamento da Licitação de Obras Públicas de Edificação e Saneamento. 1.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 29. [↑](#footnote-ref-39)
40. Posição do Supremo Tribunal quando do julgamento dos Mandados de Segurança (MS) 35410, 35490, 35494, 35498, 35500, 35836, 35812 e 35824. [↑](#footnote-ref-40)
41. É possível que o conceito esteja próximo do conceito de “acordo de cooperação técnica”. Cita-se o conceito de acordo de cooperação técnica segundo parecer da AGU no Parecer n. 00004/2016/DEPCONSU/CPCV/PGF/AGU: “O acordo de cooperação é o instrumento jurídico hábil para a formalização, entre órgãos e/ou entidades da ·Administração Pública ou entre estes e entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, de interesse na mútua cooperação técnica, visando à execução de programas de trabalho. projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, da qual não decorra obrigação de repasse de recursos entre os partícipes”. [↑](#footnote-ref-41)
42. MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo:

    Saraiva Educação, 2018., p. 920-921. [↑](#footnote-ref-42)
43. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Atividade constituinte nos estados e nos municípios. In: Federalismo e Poder Judiciário / coordenação: Renato Siqueira de Pretto, Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 1667-168 [↑](#footnote-ref-43)
44. Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 6308, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2022; ADI 6670, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2021. [↑](#footnote-ref-44)