

PARÂMETROS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO MUNICIPAL¹

Magali Regina Fuck Negosek²

SUMÁRIO

Introdução; 1 Função Administrativa; 2 Instrumentalização da Função Administrativa; 3 Conceito de Discricionariedade; 4 Critérios que Justificam a Discricionariedade; 5 Limitações da Discricionariedade; 6 Principais limitadores da ação discricionária nos municípios; 6.1 O poder de tributar; 6.2 Renúncias Fiscais; 6.3 Despesas vinculadas as leis orçamentárias; 6.4 Regras limitadoras com despesas de pessoal; 6.5 Terceirização de mão de obra; Conclusão; Referência das fontes citadas.

RESUMO

A Administração Pública, em regra, deve executar suas atividades conforme os modelos que a legislação estabelece, ou seja, ao contrário do campo privado, onde se pratica tudo o que permite a lei, mais o que ela não proíbe, no âmbito público, a Administração faz apenas o que a lei determina, sob pena de nulidade dos atos realizados.

Todavia, a norma jurídica reserva situações específicas, nas quais o administrador, ainda que, seguindo a determinação legal, dispõe de certa margem de liberdade a algumas decisões, que se costuma entender como aquelas nas quais é o agente público o melhor especialista, para adotar a decisão mais adequada aos administrados, quando se tem, então, um ato discricionário.

Este trabalho se propõe a analisar a questão crucial da atuação do Poder Público frente à sociedade, principalmente a delimitação do que seja a discricionariedade administrativa, suas manifestações, sua localização e a forma de seu exercício frente ao atual Estado Constitucional.

INTRODUÇÃO

A Discricionariedade Administrativa é uma das maiores controversas existente na doutrina jurídica, não sendo uma questão que necessite de uma repercussão

¹ Artigo apresentado como trabalho final à Disciplina de Jurisdição e Processo, da linha de pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional, do Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

² Mestranda do Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Itajaí – UNIVALI, Pós-graduada em Direito em Direito Público Municipal, Pós-graduada em Direito Processual Civil, graduada na UNIVALI, Campus III, Tijucas – SC.

prática, ao contrário a delimitação do que seja a discricionariedade administrativa e o seu exercício são aspectos fundamentais no Estado Constitucional, especialmente pelo reflexo no controle jurisdicional dos atos administrativos.

Neste sentido, é importante salientar a relevância das conseqüências, decorrentes dos critérios que devem ser adotados para implementar uma efetiva proteção dos direitos e garantias dos cidadãos, visto que não se pode investigar quaisquer das atividades administrativas responsáveis pelo exercício da soberania popular sem considerar, os postulados científicos que derivam do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, vislumbra-se que, após a Constituição Federal de 1988, com todas as características que lhe é pertinente, de Estado Constitucional Democrático de Direito, fundamentado em princípios jurídicos, detentores de inafastável caráter normativo, associado à Supremacia da Constituição, são as principais bases valorativas, que abrirão caminhos para a devida compreensão da função administrativa e da discricionariedade que lhe é pertinente, como uma das manifestações típicas dos atos administrativos.

Em função estes motivos, que é injustificável a sustentação do cabimento do exercício de qualquer poder que não se sujeite à juridicidade de um Estado de Direito, que não se reduz somente a legalidade, mas abrange as várias manifestações jurídicas habilitadas pela ordem constitucional que apresentam consonância com o conteúdo axiológico, formado principalmente pelos princípios relacionados com a isonomia, a dignidade humana e com a Justiça.

Em decorrência dos motivos supramencionados é que este trabalho se propõe a analisar como é vista a Discricionariedade, principalmente com relação aos limites a ela inerentes.

Iniciaremos com a análise da Função e Instrumentalização da função Administrativa necessária para a prática no exercício de prerrogativas discricionárias.

Em seguida delinearemos uma breve reflexão sobre o conceito de discricionariedade, os critérios que lhe justifiquem e as limitações que lhe são legalmente impostas verificando-se a maneira pela qual se aplicam os princípios Constitucionais.

Por fim estudaremos alguns aspectos limitadores do orçamento público municipal, fundamentado principalmente nas limitações impostas pela nossa Magna Carta e a Lei de Responsabilidade Fiscal, sempre buscando a possibilidade de uma nova visão de discricionariedade administrativa, capaz de obrigar o administrador a promover a justiça social e o bem comum.

1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A clássica e equivocada definição de que os atos administrativos são mera execução da lei, justificando que a administração, não tem poder discricionário perante o texto legal, que é de infalível aplicação sobre todas as circunstâncias fáticas necessária a solucionar o interesse público, que com ela esteja relacionado, atualmente encontra-se superada, visto que além de ter por fundamento a juridicidade, todo e qualquer poder deve ser manifesto de forma finalisticamente orientada, seja para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto na Carta Magna em seu art. 3º, seja para prestar efetividade aos direitos fundamentais, em sentido mais amplo.

A função administrativa, portanto, corresponde ao dever de prover a satisfação do interesse público mediante atos materiais ou jurídicos, sob o regime jurídico administrativo, há de se destacar, com Celso Antônio Bandeira de Mello³, que todos os poderes confiados à administração pelo legislador estão finalisticamente orientados ao desempenho do dever decorrente da necessidade de sustentar o interesse público.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15 ed., São Paulo: Malhiero, 2003, (p. 32 e ss).

2 INSTRUMENTALIZAÇÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A Administração Pública só possui poderes e só pode exercê-los na medida em que se instrumentalizem o exercício dos deveres derivados de sua função, implicando, por si só, o dever de atuar; por conseguinte, a Administração Pública, não tem livre disposição de seus poderes e suas competências, configurando deveres-poderes resultantes das prerrogativas empregadas à sua atuação, contra-balanceadas pelas correspondentes sujeições, compondo o regime jurídico administrativo através do respectivo binômio de prerrogativas e sujeições.

Portanto, a Função Administrativa é uma função serviente, ou seja, comporta um âmbito de atividades praticadas com a aspiração de melhor servir a realização do interesse público, denominado por Eros Grau⁴ de interesse social.

[...] O direito administrativo, ao mesmo tempo em que é concebido como provedor da defesa do indivíduo contra o Estado, apresenta como princípio fundamental o da supremacia do interesse público; e isso ocorre sem que, em regra, seja questionada a dissociação entre interesse público – interesse cujo titular é o Estado – e interesse social – cujo titular é a sociedade [...]

O interesse social tem sua importância sobrelevada em um Estado que se caracteriza constitucionalmente como Estado Social, cumprindo-lhe prover as condições necessárias ao fornecimento das condições mínimas de vida digna à coletividade, em concreto atendimento ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e aos objetivos fundamentais previstos na atual Constituição, de modo a impor uma atuação administrativa mais flexível e ágil, em face da necessária eficiência que deve orientar a atuação da Administração no exercício das funções que se relacionem com a atividade administrativa que lhe é cometida, quais sejam, de fomento, de prestação de serviços públicos de polícia e de intervenção na ordem econômica.⁵

⁴ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 3 ed. São Paulo Malheiros, 2000, p. 124

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, (p. 51 ss).

Outrossim, compete ao legislador, através de lei, a tarefa constitucional de explicitar o interesse público a ser alcançado nas várias situações e casos em que esteja envolvido, de modo a impor o exercício da função administrativa, ocasionando a inflexível associação do princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração e o princípio da legalidade.

Por isso, a exigência de lei em regulamentar o exercício da Função Administrativa decorre do imprescindível fundamento democrático orientador de todos os poderes públicos, expressando a manifestação dos representantes do povo, únicos aptos a restringir os direitos e liberdades individuais em prol da supremacia do interesse público, desde que o faça em estrita compatibilidade material com as normas constitucionais, sujeitando-se a normatividade principiológica que dela resulta, resguardando, sempre, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a fim de que possua também legitimidade material.

3 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Sendo o princípio da legalidade, um dos principais alicerces do Estado de Direito⁶, todos os poderes exercidos pela Administração Pública são limitados pela lei, com o objetivo de impedir abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Surge, portanto, este princípio como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico.

O conceito de discricionariedade é considerado um dos mais difíceis e com o maior número de significados na teoria do Direito.

Segundo o conceito de Karl Engisch⁷, diante da lei, ter-se-iam duas possibilidades, contrapostas entre si e, igualmente, em conformidade ao Direito, entre as quais o agente público poderia optar por uma ou por outra, sem

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, 2 ed - São Paulo: Atlas, 2001, (p.66/67).

⁷ ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 7 ed. tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996, (p. 214-224)

contrariar a regra jurídica. Percebe-se, assim, que este conceito possibilita a escolha, entre alternativas diferentes, que mais se ajusta ao caso concreto a ser decidido. Logo o que marca a existência da discricionariedade é a possibilidade de escolha, prevista em lei, não apenas uma possibilidade de fato, mas de direito.

Portanto, a discricionariedade é vinculada, no sentido de que o exercício desse poder de escolha deve estar direcionado ao objetivo fundamental do resultado da decisão desejada pelo texto legal, isto é, o único resultado ajustado a todas as diretrizes jurídicas e legais, e que envolve análise detalhada de todas as circunstâncias do caso concreto, para se chegar ao que se poderia chamar de “decisão correta”.

Versando todos os poderes regrados pela lei, esse regramento pode abranger todos os aspectos de uma atividade, restando a Administração tão-somente a ação estabelecida em lei, sendo esta hipótese conhecida como poder vinculado, porque a lei não deixa opções. Declinando, inclusive, ao particular um direito subjetivo de exigir da autoridade a execução de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se a correção judicial.

Pode-se, pois, dizer que a atuação da Administração pública no exercício da função administrativa é *vinculada* quando a lei estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos cuja existência a Administração deve apenas constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. A discricionariedade que possa haver, nesses casos, é mínima, porque se limita à escolha do momento de agir.⁸

Já em outras situações e sob determinadas circunstâncias, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, reservando ao administrador uma “certa” margem de liberdade de decisão, havendo a possibilidade de opção dentre várias soluções legalmente possíveis. É neste caso que o poder da

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, 2 ed - São Paulo: Atlas, 2001, (p.67)

Administração é discricionário, onde uma ou outra solução deve ser baseada nos critérios da oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem alcançados pela autoridade, e não expresso na lei.

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.⁹

Segundo esta linha de raciocínio Mello¹⁰, também, comenta:

O mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

E a arbitrariedade conforme ensina Di Pietro¹¹ “[...] coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.”

Por conseguinte, o poder discricionário, não é totalmente livre, porque legalmente são impostas limitações, especialmente nos aspectos de competência, forma e finalidade. Daí por que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites da lei; se a Administração ultrapassar esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária.

Portanto, podemos conceituar a discricionariedade administrativa na competência do administrador de interpretar, valorar dentro dos critérios da razoabilidade

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, 2 ed - São Paulo: Atlas, 2001, (p.67).

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15 ed. Malheiros, 2003, p.635.

¹¹ Ib.Id. (p.67)

geral – dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

4 CRITÉRIOS QUE FUNDAMENTAM A DISCRICIONARIEDADE

O âmbito de delimitação das competências administrativas pertence ao legislador, que muitas vezes, não consegue antever de forma completa a multiplicidade de situações socialmente complexas e o desempenho da função administrativa necessário a cada uma destas situações, exurgindo, portanto, a justificação da imprescindibilidade do poder discricionário, conferindo à autoridade administrativa um necessário poder de decisão para aferir, de acordo com o caso concreto, em que a tutela do interesse público impõe a atuação da Administração.

Doutrinariamente justifica-se a discricionariedade administrativa a partir de duas espécies de critérios: práticos e jurídicos.

Sob a ótica prática, a discricionariedade justifica-se, para evitar o automatismo na gestão dos interesses da sociedade, para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas, visto a impossibilidade material do legislador, em antever todas as situações em que o Administrador será exposto.

Portanto, a discricionariedade administrativa justifica-se na complexidade e variedade de problemas que diariamente aparecem, e, que o Poder Público tem que solucionar e para os quais a lei, por mais casuística que seja não consegue prever todas as situações, ou, pelo menos, os atos mais vantajosa para o caso concreto.

[...] Tal liberdade representa apenas o reconhecimento de que a Administração, é quem se defronta com a variedade uniforme de situações da vida real, esta em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado interesse público, em função da compostura destas mesmas situações [...]

Assim, a discricionariedade existe por definição, única e tão somente para proporcionar em cada caso, a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto de uma liberdade para a Administração decidir a seu talento, mas para decidir-se de modo que, torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo.¹²

No aspecto Jurídico, verifica-se como regra geral a discricionariedade, nas seguintes situações:

- a) a lei expressamente determina e autoriza a utilização da faculdade pelo agente, para atendimento e conveniência do serviço;
- b) a lei como instrumento insuficiente para atender a todas as situações em que a Administração se vê diante, com o agente atuando a partir dos princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a adotar-se na solução das questões colocadas diante do agente;
- d) expressões com conceitos indeterminados.¹³

Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que no atual ordenamento jurídico a Constituição Federal é a norma superior, outras normas são editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um destes procedimentos, acrescentam-se um elemento inovador, possibilitando a aplicação da norma superior.

Conseqüentemente, em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15 ed. São Paulo:Malheiros, 2003. (p.311)

¹³ BRUNO, Reinaldo Moreira. Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

licitamente se atender o interesse público, sempre subordinado ao instrumento que outorga e limita tal possibilidade, que é a lei.

É importante, novamente, salientar que é no ordenamento jurídico positivo que se fundamenta a discricionariedade administrativa; é a própria lei que cria os espaços para a discricionariedade que é decorrente do princípio da legalidade.

5 LIMITAÇÕES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Até aqui, viu-se a discricionariedade administrativa, seu conceito e sua justificativa ao ser colocada como poder-dever do administrador público, a possibilidade de, em cada caso concreto, ser escolhida a opção mais adequada e mais conveniente ao interesse público.

Contudo, ao referirmos os limites à atividade discricionária da Administração, precisamos ter em mente que a autoridade, no exercício de suas funções deve, necessariamente, atuar de acordo não só com a norma jurídica posta, mas com o ordenamento como um todo. Por isso, a Discricionariedade deve ser, em qualquer ocasião, relativa, conforme preleciona Celso Bandeira de Mello¹⁴:

[...] não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro [...]

Na verdade, o exercício da atividade discricionária, previamente estabelecida pela norma jurídica, está circunscrita por vários limites. Estes, quando não observados, conduzem à arbitrariedade.

Através da margem discricionária, conferida pelo legislador ao administrador, este encontra-se vinculado aos ditames estritamente legais, devendo ser sempre regidos pelos princípios norteadores do regime jurídico administrativo, que

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15 ed. Malheiros, 2003, p.832.

estabelece limites à atividade da administração pública, visto que alguns destes princípios são antes de tudo constitucionais e regem toda a atividade legislativa, bem como a administrativa.

Em função disto, a atividade discricionária deve sempre objetivar um único fim, ou seja, o interesse público, mesmo que os conceitos existentes na norma sejam imprecisos e vagos, tal atividade jamais deverá desvirtuar-se da essência contida na intenção dos mesmos, assim, é importante que as decisões administrativas sejam, sempre fundamentadas em princípios da maior relevância para a atuação da administração, como eficiência, moralidade, razoabilidade, publicidade, legalidade, etc.

O Princípio da Legalidade, mola mestra de um Estado Democrático de Direito, é o alicerce para que os atos administrativos não extrapolem as fronteiras do razoável, ou melhor, não sejam praticados sem nenhuma restrição. Acompanha esse raciocínio o fato de que todo ato administrativo editado no exercício de prerrogativas discricionárias encontra-se, em todo caso, adstrito pela vinculação. Portanto, pode-se dizer que o administrador público tem seus atos sempre vinculados, aos mais diversos princípios limitadores da atividade discricionária. Conforme comenta Bruno:

A evolução da complexidade da atuação estatal acaba por levar a uma significativa ampliação do entendimento do princípio da legalidade. Não apenas a diversidade de aspectos mas também a condição assumida de Estado de Direito, Social e Democrático.

Deixa-se de ser a legalidade mera análise da lei formal posta, e adquire contornos mais amplos, levando em conta também o Direito como um todo, tendo como mote os princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico.

Passa-se a verificar a competência, a forma, a finalidade mas também, a apreciação dos fatos, exigido a motivação do ato e culminando a limitação com princípios gerais de direito, como

racionalidade ou razoabilidade, a justiça, a igualdade, o direito de defesa, o devido processo legal [...] ¹⁵

Portanto, a condição primordial para a eficácia e validade do ato administrativo é exatamente a adequação aos princípios jurídicos exteriorizados na norma.

A liberdade da atuação discricionária, ainda, pode ser considerada restritiva, quando a norma atribui ao agente público a faculdade de decidir qual a melhor alternativa para solucionar dada situação, porém o próprio caso concreto não possibilita essa escolha. Ou seja, mesmo a norma atribuindo certa margem de Discricionariedade à autoridade pública, possivelmente tal conduta não irá atingir a finalidade legal. Assim sendo, é possível que exista um determinado comportamento discricionário no plano da norma, todavia, haverá casos em que tal conduta não poderá ser empregada, sob pena de burla o princípio da segurança jurídica.

Incontestavelmente, a Administração dispõe de atribuições para poder valer a sua autoridade. Todavia, o uso dessas, em caso de atos discricionários, deve ser limitado, a fim de que não ocorra abuso ou desvio de poder, ciente de que o fim a que se destina o Direito é a efetivação da justiça.

Os atos discricionários devem, portanto, estar sempre sustentados nos conhecimentos do administrador, o qual deve ter noções claras de como cada solução atende, efetivamente, às exigências do Direito, de modo especial, ao interesse público, que é afinal o elemento vinculante de toda e qualquer atitude da administração.

Todavia, se a autoridade afrontar o princípio constitucional da legalidade, ou transpor o âmbito de suas prerrogativas discricionárias, possivelmente terá como invalidado o instrumento ensejador de tal abuso.

Sendo assim, a discricionariedade está na valorização pessoal do administrador, mas isso não quer dizer que essa valoração seja arbitrária, dado que deve atender ao escopo previsto na legislação, ou seja, promover o bem estar dos

¹⁵ BRUNO, Reinaldo Moreira. Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal, 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 69)

administrados, a igualdade de acesso às prestações públicas, enfim, o interesse público, o qual encerra um conjunto de valores superiores do ordenamento jurídico que orientam a atividade administrativa.

A ética deve sempre estar na intenção do agente ao utilizar-se de meios que levarão à consecução do bem comum, ou seja, a Administração precisa pautar-se, continuamente pelo princípio da moralidade. Este princípio é mais um dos componentes que delineiam uma das bordas da esfera limitativa da discricionariedade administrativa como uma prerrogativa, jamais como mera tradução de Poder.

Ser ético é acima de tudo agir com lhanza para com os administrados. Isso significa que, no momento em que a autoridade encontra-se diante de um caso concreto, passível de Discricionariedade, a escolha dentre várias alternativas jamais deve ser para prejudicar ou agravar a situação de qualquer pessoa, ou seja, é preciso que se proíba todo o arbítrio pessoal do administrador público, pois infelizmente, o que muitas vezes ocorre é o mau uso da Discricionariedade por parte da função Executiva estatal.

Importante frisar que a inclusão da sociedade no processo moralizador da gestão da coisa pública, limitando a atuação das autoridades públicas, faz valer o direito adquirido tão arduamente conquistado no decorrer da história.

A própria Constituição da República, em seu artigo 1º, parágrafo único, aduz que “Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes [...]” traduzindo, assim, a idéia de que a autoridade administrativa não é detentor de poderes arbitrários, nem muito menos proprietário da coisa pública. Por isso seus atos, necessariamente, são limitados.

6 PRINCIPAIS LIMITAÇÕES DA AÇÃO DISCRICIONÁRIA NOS MUNICÍPIOS

A partir deste momento, analisaremos alguns aspectos limitadores do orçamento público municipal, devido à inquestionável opção da Carta Magna vigente, pelo planejamento, quando oferece destaque as Leis Orçamentárias, a partir do art.

165, que institui entre nós três instrumentos para o efetivo planejamento e execução da atividade financeira Estatal, tendo nos princípios a base para a discricionariedade da Administração Fiscal no Brasil, juntamente com os dispositivos estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que objetiva estabelecer menor margem de liberdade ao administrador, no processo de gestão de recursos públicos.

6.1 O PODER DE TRIBUTAR

A Lei de Responsabilidade Fiscal apresenta uma enorme preocupação com as despesas e receitas públicas, acentuando significativamente a responsabilidade no tocante à arrecadação, conforme preceitua o art. 11 da Lei Complementar 101/00, com a seguinte redação:

Art. 11 Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único - Fica vedada a realização de transferência voluntária para o ente que não observe o dispositivo no caput, no que se refere aos impostos.

Esse artigo tem por objetivo estimular os entes federados a instituir e cobrar os seus tributos, aumentando a receita própria. Desde 2000, os municípios, principalmente os pequenos vêm empreendendo esforços para aumentar sua arrecadação, já que a sanção para o descumprimento das regras desse artigo é a impossibilidade de recebimento de transferências voluntárias dos outros entes da federação, cuja interrupção esta contemplada em diversos dispositivos da LRF.

Assim pode-se concluir, conforme Toledo Junior e Sérgio Rossi que:

A partir da edição da Lei Complementar 101, de 2000, Município que se omite na efetiva arrecadação de seus impostos (IPTU, ISS, e ITBI) não será contemplado com transferências voluntárias da União ou do Estado, punição que não atinge os repasses compulsórios, tais como os de índole constitucional (FPM, ITR, ICMS, IPVA e etc.) e os provenientes do Sistema Único de Saúde (Piso de Atenção Básica – PAB, Fração de Atenção Especializada – FAE, entre outros).

Referenciada punição também não alcança as transferências voluntárias para as áreas de Educação, Saúde e Assistência Social, às quais, de resto se servem para apenar qualquer transgressão fiscal (art. 25, § 3º).¹⁶

Percebe-se então, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, tornou-se imperioso a previsão, a instituição e a perseguição de metas de arrecadação, impondo ao administrador ações efetivas de cobrança de tributos, inclusive com o acionamento do poder Judiciário quando necessário.

O atual ordenamento exige uma efetiva arrecadação de todos os tributos de competência do ente e não basta apenas dispor de toda uma estrutura de normatização legal, previsão e planejamento, deve-se, além disso, ter uma arrecadação concreta que justifique monetariamente a existência do tributo.

Portanto, constata-se que a lei busca tornar obrigatória a ação administrativa na busca efetiva de recursos do ente, no caso do Município, antes de recorrer a transferências constitucionais obrigatórias ou voluntárias, socorros permanentes de maus gestores, e, fundamentalmente retira eventual aura de discricionariedade destas condutas.

6.2 RENÚNCIAS FISCAIS

De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina, podemos dizer que:

A renúncia de receita compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.¹⁷

Existem algumas práticas comuns durante o processo eleitoral e nos atos da administração em que sem qualquer planejamento, sem análise de qualquer

¹⁶ TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de Rossi, Sérgio Ciqueira. Lei de Responsabilidade Fiscal – Comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo NDJ, 2002. (p. 47).

¹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina Prejulgados 1989/2004. Edição consolidada, revista e ampliada Florianópolis: Tribunal de Contas, 2004, p.432.

impacto sobre as finanças, sem atentar-se para as conseqüências, como redução de receita, aumento de despesas imediata e posteriormente de forma continuada para a prestação de serviços aos novos cidadãos, devido a novos empregos, deixam Municípios em estado de autêntica penúria, com enormes problemas na gestão de suas atividades, serviços e finanças.

Preocupados com esta situação que se alastra por todos os Municípios brasileiros, os parlamentares da Câmara Federal, deram um tratamento bastante interessante à utilização da renúncia de receitas no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, textualmente orienta:

Art. 14 A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deve iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa da receita da lei orçamentária, na forma do art.12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação da base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inc. II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incs. I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma de seu § 1º;

II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Com uma simples análise do dispositivo supracitado, percebe-se o elevado nível de preocupação do legislador, com a renúncia fiscal que oferece ou envolva discriminação, visto que os benefícios genéricos que atende a todos não são abrangidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A **concessão de benefício de natureza fiscal discriminatória**, é possível, ante amplo planejamento e previsão legal, necessita estar acompanhada de elevação de carga tributária, de alíquota, de aumento de base de cálculo ou de criação de contribuição, que venha a subsistir aqueles valores renunciados, ressaltando-se que todas estas medidas encontram-se sujeitas ao princípio da anterioridade e anualidade que regem as leis tributárias.

A **redução dos débitos tributários de exercícios anteriores**, com concessão de redutores genéricos e não discriminatórios, poderá ser concedido, se necessariamente o administrador demonstrar que esta diminuição de receita pública, no caso ainda que estimada, com a concessão da redução, não afetará as Metas de Resultados Fiscais previsto no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A eventual **remissão de débitos tributários**, prevista no art. 150 do Código Tributário Nacional, para as hipóteses em que o custo para cobrança inviabiliza a atuação do Poder Público ante ao valor a receber, depende de lei específica que regule exclusivamente a matéria, além dos requisitos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina confirma esta orientação, através do Processo nº 02/08022260¹⁸:

A concessão de remissão, ao teor do art. 150, § 6º, da Constituição Federal, depende de lei específica que regule exclusivamente a matéria, além dos requisitos estabelecidos nos arts 4º, § 2º, V, 5º, II, e 14, todos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Chefe do Poder Executivo poderá encaminhar projeto de lei à Câmara Municipal com o escopo de desobrigar o SAMAE a intentar ações judiciais que sejam inviabilizadas pelo seu custo, podendo este acumular inscrições em dívida ativa até atingir um valor considerável para o ingresso em juízo e, caso ocorra a prescrição (tributária ou civil, conforme o caso), promover automaticamente a baixa da inscrição.

A manutenção de isenção concedida mediante lei editada anteriormente à Lei de Responsabilidade Fiscal, não se encontra por esta impedida, desde que observados as regras postas em seu art.14, constituindo-se em condição fundamental para tal manutenção que a concessão isentiva, seja congruente aos princípios constitucionais e os ditames legais aplicáveis.

Neste sentido o Tribunal de Contas de Santa Catarina, tem orientado:

Os benefícios tributários concedidos antes da LRF permanecem em vigor até que outra lei de mesma hierarquia venha revogá-los ou que expire o prazo de concessão. Mas a eventual prorrogação efetivada após o advento da LRF requer atendimento à exigência desta. A Lei Complementar fixa normas somente para as novas concessões e ampliações de benefícios fiscais, com aplicabilidade a partir da vigência da Lei.¹⁹

Contudo, toda e qualquer renúncia de receita tributária, independentemente da época em que foi editada a lei concedente, anterior ou posterior à edição da Lei

¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina Prejulgados 1989/2004. Edição consolidada, revista e ampliada Florianópolis: Tribunal de Contas, 2004, p.539.

¹⁹ Ib.Id, p.432.

de Responsabilidade Fiscal deverá ser fruto de amplo planejamento acerca de seus efeitos quanto ao equilíbrio entre receita e despesa pública.

Também é prática bastante comum, principalmente em relação ao IPTU, a **concessão de descontos para os contribuintes que efetuarem o pagamento do tributo à vista** logo no início do período de exigência. Tal situação não é alcançada pelas disposições do art. 14 da LRF, eis que esta medida apresenta caráter geral, inexistindo condições a serem preenchidas pelo contribuinte para fazer jus ao desconto apenas o pagamento do tributo.

6.3 DESPESAS VINCULADAS AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Prática bastante usual na Administração Pública tem sido a permanente realização de despesas sem qualquer cuidado na sua efetivação, notadamente a assunção de obrigações.

O objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal é a preservação do equilíbrio nas contas públicas, que, para ser atingido, impõe regras, responsabilidades, condições e metas a serem perseguidas e alcançadas e, o planejamento da realização das ações do Poder Público, retirando o caráter empírico desta.

Os artigos 15, 16 e 17 da LRF oferecem um tratamento de imposição de limites às despesas, exigindo um planejamento adequado para a realização de despesas desde a inserção em ações da Administração já a partir do Plano Plurianual. Este por sua vez, dará origem às principais metas e objetivos a serem alcançados naquele determinado exercício pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, que estabelece as prioridades da Administração e, por conseguinte, de suas despesas, que devem constar de sua previsão anual de receitas e despesas, adequadamente equilibradas, que se constitui na lei orçamentária anual

6.4 REGRAS LIMITADORAS COM DESPESAS DE PESSOAL

As despesas com pessoal e seus reflexos, constituem-se em despesas obrigatórias de caráter continuado por natureza, com regras limitadoras, e definição exaustivamente estabelecida *no caput* do art. 18 da LRF:

Art. 18 Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se despesas total com pessoal: o somatório dos gastos entre o ente da Federação com os ativos, inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer vantagens remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas, variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

Analisando este dispositivo verificamos que encontra-se elencada todas as formas de remuneração de quaisquer espécies pagas pelos cofres públicos, ou seja, desde remuneração de gratificações de qualquer tipo, vencimentos, adicionais de sexta parte, anuênios, biênios, quaisquer que sejam os adicionais, inclusive aqueles de periculosidade e de insalubridade, remuneração de agentes políticos, no caso: prefeitos, vereadores; verbas de representação, as contratações de pessoal temporário nos termos permitidos do art. 37, IX da Constituição, como também, as contribuições patronais tanto das Prefeituras como das Câmaras Municipais para entidades de previdência, tanto a oficial como as próprias.

A Lei de Responsabilidade estabelece para os Municípios limites para o dispêndio com pessoal em 60% (sessenta por cento) da receita líquida, repartindo entre Executivo (54%) e Legislativo (6%), conforme combinação do disposto no art. 19, inc. III, com o art. 20, inc. III, a e b, todos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

De outra banda, é imperioso salientar que os 54% (cinquenta e quatro por cento) destinados ao Executivo abrangem as despesas da administração direta e as entidades da administração indireta, já que a lei de gestão fiscal inseriu as receitas de todas as entidades administrativas indiretas, portanto, se as receitas integram a receita corrente líquida do Município, seu consectário natural é de que integrem também as despesas.

Referente às despesas com pessoal para as Câmaras Municipais, o art. 29 da Constituição Federal, em seu inciso VII, estabelece que os subsídios, não

poderão superar o montante de 5% da receita do Município, excluídas as transferências de Fundef e as intragovernamentais. Sendo que a folha de pagamento das Câmaras, sem exceção de servidores administrativos, assessores parlamentares e de gabinete, com todas as parcelas remuneratórias, ainda, com inclusão dos subsídios dos parlamentares não podem superar 70% da receita destinada ao legislativo.

6.4.1 Terceirização de Mão de Obra

Buscando coibir a utilização de artifício muito comum, o da terceirização da mão de obra para substituição de servidores e empregados públicos, o legislador fez inserir a necessidade de contabilizar-se estas despesas na rubrica orçamentária “outras despesas de pessoal”.

Para a contabilização de despesas com contrato de terceirização de mão-de-obra para substituição de servidores e empregados públicos (§ 1º do art. 18 da Lei Complementar 101/2000), o Poder ou Órgão deve respeitar às determinações da Lei nº 4.320/64 e, a partir de sua vigência, a Portaria Interministerial nº 163/2001 e suas alterações posteriores, contabilizando as despesas no elemento 34 – “Outras Despesas de Pessoal decorrente de Contrato de Terceirização”.²⁰

6.4.2 Exclusões de Algumas Despesas Realizadas com Pessoal

Algumas das despesas realizadas com pessoal, no caso de Município, por expressa disposição legal acabaram não entrando no cômputo das despesas relativas ao limite estabelecido de 60% (sessenta por cento), divididos em 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo e 6% (seis por cento) ao Legislativo, estas exclusão de despesas com pessoal, assim são elencadas:

1. Indenização por demissão de servidores ou empregados;
2. Incentivo por demissões voluntárias;

²⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina Prejulgados 1989/2004. Edição consolidada, revista e ampliada Florianópolis: Tribunal de Contas, 2004, p.492.

3. Despesas com decisões judiciais cuja competência seja anterior ao período de apuração mencionado no art. 18, § 2º da Lei de Responsabilidade;

Conforme entende Reinaldo Moreira Bruno²¹, o processo de limitação das despesas, não ficou apenas em elencar as despesas, estabelecimento de limites, tentativa de evitar-se fraudes e subterfúgios, inclusão der remuneração de agentes políticos, vereadores e prefeitos, despesas não inclusas nos limites.

Almeja, também, impor controle absoluto a estas, exigindo aferição periódica e principalmente, impondo efeitos a condutas administrativas, declarando nulidade de atos, impedindo outras tantas ações que elevem despesas, entre outros.

Portanto, atos que provoquem aumento de pessoal deverão atender às exigências relativas a despesas de caráter continuado e obrigatório, estabelecidas nos arts.16 e 17, quais sejam, verificar-se a compatibilidade com as leis orçamentárias; que não prejudicará as metas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias; a conseqüente declaração do ordenador da despesa no que tange a estes aspectos orçamentários, o aumento de receita ou diminuição de despesa para a necessária compensação, num período de pelo menos dois anos.

Na hipótese de não atendimento a estas disposições, são declarados nulos de pleno direito tais atos, que tenham o condão de promover aumento de despesas com pessoal.

Ao atingir o percentual estabelecido no parágrafo único do art. 22, da lei de gestão fiscal, ocorrerão as vedações previstas no mesmo artigo. Com o excesso de despesas de pessoal, e não obtida ainda a redução, algumas penalidades são impostas ao Município que, nos termos do § 3º do art. 23, ficará impedido de receber transferências voluntárias; obter garantia, direta ou indireta de outros entes e contratar operações de crédito ressalvadas aquelas destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem reduzir gastos com pessoal.

²¹ BRUNO, Reinaldo Moreira. Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal, 2.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.192/200)

Observa-se, portanto, que estamos diante de um bem engendrado sistema de controle da despesa pública, notadamente aquela que ao longo dos tempos veio corroendo recursos públicos, com contratações sem planejamento ou cautelas quanto ao dispêndio financeiro.

6.5 APORTE FINANCEIRO A ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA E TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS PARA A INICIATIVA PRIVADA

A remessa de recursos para o setor privado, incluindo-se aqui as entidades da Administração indireta, também sofrem limitações, na Lei de Responsabilidade Fiscal, previstas nos arts. 26 a 28.

Outrora, mediante simples edição de lei específica para tal objetivo, estava o administrador autorizado a fazê-lo, porém, agora, com a necessidade de efetivamente planejar-se a atividade econômica e financeira do Estado a simples observância ao princípio da legalidade nestes termos, ou seja, meramente autorizativa não é suficiente. Torna-se imperiosos a observância de algumas regras importantes e decorrentes do planejamento, que são: autorização por lei específica; atendimento a condições impostas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e necessária previsão no orçamento anual, ou em seus créditos adicionais suplementares ou especiais.

6.6 NÍVEL DE ENDIVIDAMENTO

A Lei de Responsabilidade fiscal busca dar transparência à natureza e ao exato volume do endividamento dos entes públicos. Para tanto o art. 29, conferiu extrema abrangência à definição do que integra a dívida pública consolidada ou fundada para seus fins: obrigações financeiras para amortização em prazo superior a doze meses, resultantes de leis, contratos, convênios, tratados, ou operações de crédito.

Devido às constantes rolagens de dívidas e o seu conseqüente aumento, com pagamento parcial de juros, refinanciamentos, e novamente, novas operações de créditos financeiros e novas dívidas, o art. 30 da LRF, de forma exaustiva, estabeleceu conjunto de regras limitadoras do endividamento público.

6.7 PRESERVAÇÕES DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E INÍCIO DE NOVOS PROJETOS

O Capítulo VIII da Lei de Responsabilidade Fiscal, mais especificamente em sua seção I, oferece interessante tratamento a dois aspectos relevantes na preservação dos recursos e do próprio patrimônio público.

O primeiro deles recebe tratamento no art. 43, ao cuidar das disponibilidades de caixas dos entes estatais e suas respectivas entidades de Administração indireta. Já no segundo aspecto relativo à gestão patrimonial a LRF em seus arts. 44 e 46, oferece amplo tratamento para este importante tema, visando sobre tudo preservar o patrimônio da sociedade, evitando-se dilapidação dos bens, aplicação dos recursos em pagamento de dívidas, juros e até mesmo, redução de serviços para a implantação de outros, deixando aquele rastro de monumentos erigidos a ganância, incompetência a vaidade do administrador.

Procurou-se evitar a utilização da receita proveniente da alienação de bens e direitos integrantes do patrimônio público, para financiamento das denominadas despesas correntes da Administração, excepcionada a regra geral quando destinar-se a financiamento aos regimes de previdência social, tanto o geral como o próprio dos servidores públicos.

6.7 FINAL DE MANDATO

Constitui-se em um dos momentos mais agudos da vida dos Municípios Brasileiros, por expresse permissivo constitucional, há possibilidade de reeleições dos prefeitos. Sem a existência de tal instituto entre nós, já era muito comum os mandatários assumirem compromissos e práticas abusivas de endividamento, tudo em nome da manutenção do poder.

Operações de crédito por Antecipação de Receitas, concessão de reajuste geral a servidores acima dos limites possíveis, elevação dos níveis de endividamento sem preocupação com a transferência para o sucessor, desapropriação para a realização de obra sem o pagamento da justa e prévia indenização ao expropriado, concessão de isenções tributárias indiscriminadamente, além da realização de despesas que não podiam ser integralmente cumpridas naquele

mesmo exercício que, se da mesma corrente política, suportaria comuns de serem verificadas, entre outras, durante o período pré-eleitoral.

Cientes destes desmandos na Administração dos Municípios, que o legislador laborou limites no sentido de impedir as práticas mais comuns em final de mandato evitando, assim, elevar o nível de endividamento, como também desestimular a corrida à procura de financiamentos para dívidas encontradas.

CONCLUSÃO

O tema da discricionariedade é um dos mais clássicos e complicados na seara administrativa, em especial pelo caráter inter-relacional que implica sua regular compreensão tornando-se imprescindível uma perspectiva analítica constitucionalmente conformada, recorrendo-se a postulados de Teoria Geral do Direito, de Hermenêutica Jurídica e da Ciência Jurídica enquanto tal.

O fenômeno da Discricionariedade não deve ser compreendido apenas através da perquirição da lei, mas sim, desta em função do caso concreto. Conseqüentemente, o correto conceito deste instituto jurídico deve ser difundido a fim de que, diante de certas ocasiões a autoridade possa bem aplicá-lo, com o intuito de que não ocorram maiores dissabores nem prejuízos para toda a coletividade de administrados, os quais vivem não só na expectativa, mas, antes de tudo, atentos cada vez mais à forma com que se conduz a coisa pública.

Portanto, a importância de se estudar esse conjunto de idéias relativas à Discricionariedade na Administração, encontra-se exatamente no fundamento de que os princípios foram acolhidos implícita e explicitamente na Constituição de 1988, e que a discricionariedade é a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar os casos concretos, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.

Por conseguinte, resta evidenciado que o estudo ora promovido teve por objetivo contribuir para a reflexão dos aspectos relevantes que lhe são pertinentes,

procedendo-se a uma tentativa de adequar aos contornos da juridicidade o exercício da atividade administrativa, como só pode ocorrer em um Estado Constitucional, juridicidade esta não apenas formal, mas axiologicamente orientada pela Principiologia Constitucional, comprometida com as tarefas e programas previstos pelo Poder Constituinte, no âmbito de um constitucionalismo dirigente, não podendo haver nenhum órgão cujo exercício das funções não seja instrumental para a realização de um dever que, por si só, já traz a peculiar inadiável existência de um sistema de controle e garantia, impedindo o seu desvirtuamento em prol dos interesses egoísticos dos agentes públicos em geral.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Lei de responsabilidade fiscal e orçamento público municipal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7 ed. tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1996.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed. São Paulo, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15 ed. São Paulo:Malheiros, 2003.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina Prejulgados 1989/2004**. Edição consolidada, revista e ampliada Florianópolis: Tribunal de Contas, 2004.

TOLEDO JUNIOR, Flávio C. de Rossi, Sérgio Ciqueira. **Lei de Responsabilidade Fiscal – Comentada artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo NDJ, 2002.