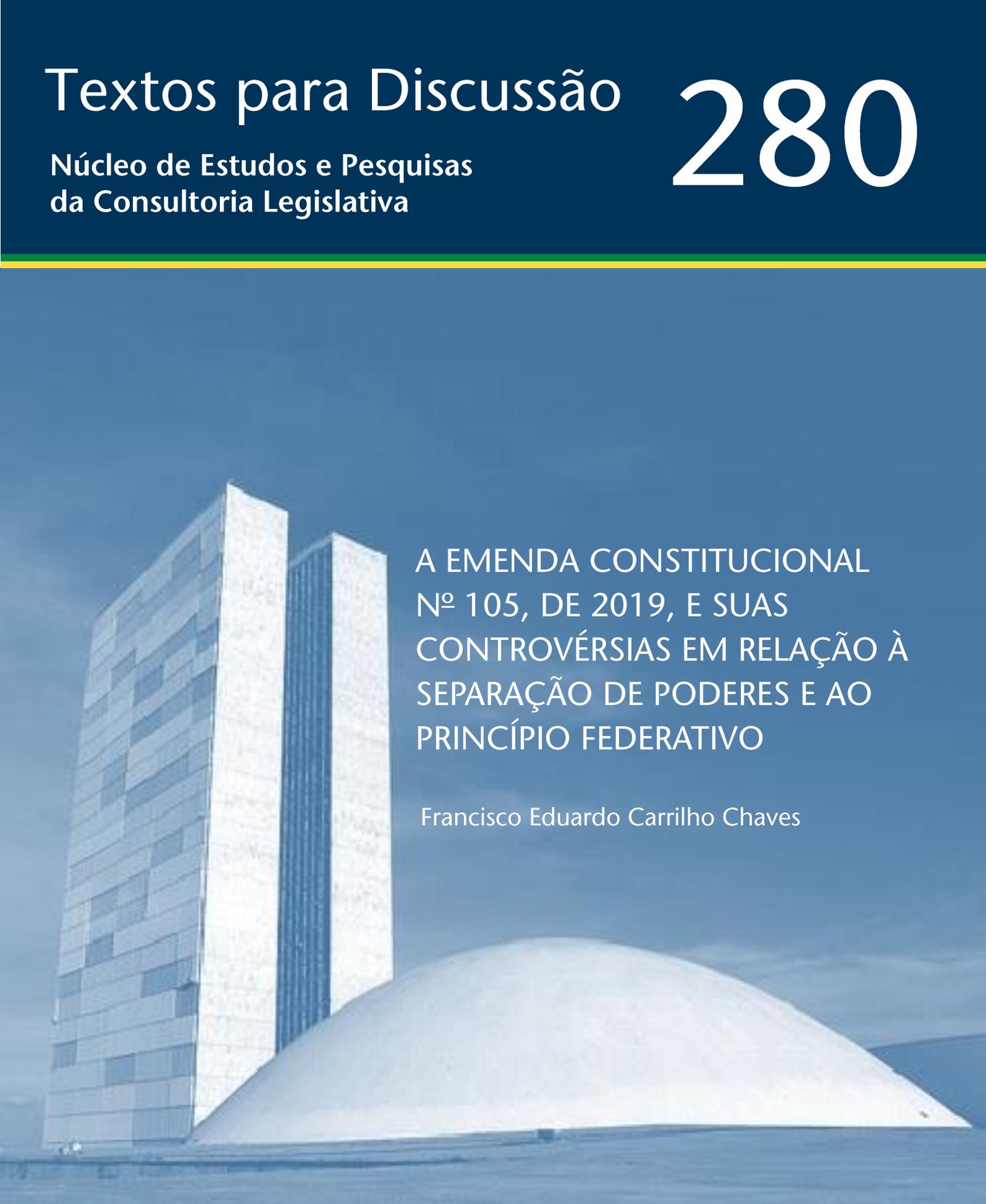


# Textos para Discussão

Núcleo de Estudos e Pesquisas  
da Consultoria Legislativa

# 280



## A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 105, DE 2019, E SUAS CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E AO PRINCÍPIO FEDERATIVO

Francisco Eduardo Carrilho Chaves

SENADO  
FEDERAL



## A Emenda Constitucional nº 105, de 2019, e suas controvérsias em relação à separação de poderes e ao princípio federativo

Francisco Eduardo Carrilho Chaves<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Consultor Legislativo do Senado Federal – Núcleo de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo, Advogado e Autor do livro *Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelo Tribunal de Contas* (2ª ed., Niterói, Impetus, 2009). E-mail: [fcchaves@senado.leg.br](mailto:fcchaves@senado.leg.br)

## SENADO FEDERAL

### DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

### SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

### CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

### NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

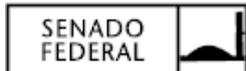
### CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

Núcleo de Estudos e Pesquisas  
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

### Contato:

[conlegestudos@senado.leg.br](mailto:conlegestudos@senado.leg.br)

URL: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **A Emenda Constitucional nº 105, de 2019, e suas controvérsias em relação à separação de poderes e ao princípio federativo**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Junho 2020 (Texto para Discussão nº 280). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em: 23 jun.2020.

# A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 105, DE 2019, E SUAS CONTROVÉRSIAS EM RELAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES E AO PRINCÍPIO FEDERATIVO

## **RESUMO**

A Emenda Constitucional (EC) nº 105, promulgada em dezembro de 2019 e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020, criou novos mecanismos e regras para a transferência de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual. Contudo, segundo entendemos e evidenciamos neste artigo, alguns dos novos preceitos são inconstitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Emenda Constitucional 105; separação de poderes; teoria dos freios e contrapesos; *checks and balances*; autonomia federativa; federação; princípio federativo; recursos orçamentários; transferências a Estados e Municípios; transferência especial; transferência com finalidade definida.



## **SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO.....	1
1 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EC Nº 105, DE 2019 .....	1
2 A VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES .....	5
3 A AFRONTA ÀS AUTONOMIAS ADMINISTRATIVAS DOS INTEGRANTES DA FEDERAÇÃO.....	6
4 CONCLUSÃO .....	17



## **INTRODUÇÃO**

No final de 2019, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional (EC) nº 105, em vigor desde 1º de janeiro de 2020, contendo, a nosso ver, inconstitucionalidades. Este artigo se propõe a pontuar os problemas identificados na Emenda, que tem potencial para suscitar discussões doutrinárias e jurisprudenciais intimamente ligadas ao exercício das competências dos órgãos de controle interno e externo federais, do Ministério Público da União e do Judiciário federal.

Veremos que o ensinamento em obras que tratam de direito constitucional, direito administrativo e controle externo no Brasil não foi considerado na aprovação da Emenda, que deixa de seguir os princípios basilares, a prática, os entendimentos doutrinários e a jurisprudência pátria construída até aqui acerca do controle das contas públicas e da distribuição de competências fiscalizatórias entre os entes federados, em descompasso com o princípio federativo e a autonomia dos componentes da Federação.

Não é objeto de contestação a possibilidade de a União ou qualquer outra unidade da Federação destinar recursos seus para outrem. O que avaliamos neste texto é a forma como as transferências foram concebidas e seus reflexos jurídico-institucionais.

### **1 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EC Nº 105, DE 2019**

Por meio da EC nº 105, acrescentou-se o art. 166-A à Constituição Federal. A ementa da Emenda Constitucional informa que sua destinação é autorizar a transferência de recursos federais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios mediante emendas ao projeto de lei orçamentária anual.

A ementa da EC nº 105, por si, não expressa a realidade. A União sempre pode prever e realizar essas transferências mediante suas leis orçamentárias, inclusive quando decorrentes de comandos incluídos por emendas parlamentares. Nunca precisou da emenda constitucional para viabilizá-las. As verdadeiras finalidades da Emenda são outras.

A EC nº 105 teve origem em proposição apresentada no Senado, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 61, de 2015, que foi capitaneada pela Senadora Gleisi Hoffmann, subscrita por outros senadores e senadoras e aprovada naquela casa no primeiro semestre de 2019, na forma de um Substitutivo (Emenda nº 6-PLEN, apresentada pelo nobre Senador Rodrigo Pacheco). A proposição foi remetida à Câmara dos Deputados e ao Senado para análise na forma de outro Substitutivo. A redação aprovada em abril de 2019 pela Casa da República já abrigava vícios fundamentais também identificados no Substitutivo da Câmara.

Em todas as versões da PEC, a finalidade sempre foi permitir que emendas parlamentares individuais impositivas destinassem recursos diretamente aos entes subnacionais. Mas não apenas isso.

A partir daqui manteremos o foco no texto aprovado e incorporado à Constituição, fazendo pontuais remissões a particularidades ocorridas no trâmite legislativo.

A aprovação da EC nº 105 criou dois tipos de transferências: “especial” e “com finalidade definida”. Segundo seus termos, nem uma nem outra integram a receita do estado, do Distrito Federal e do município beneficiado 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, bem como seus recursos não poderão ser revertidos para o pagamento de despesas com pessoal (ativo e inativo) ou de encargos referentes ao serviço da dívida.

No texto que havia sido remetido pelo Senado para os deputados revisarem, a atualmente denominada “transferência especial” era qualificada como uma doação da União aos outros entes federados<sup>1</sup>. O nome mudou, mas no texto acrescentado à Constituição manteve-se que nas “transferências especiais” os recursos: ***i) serão repassados diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere*** (inciso I do § 2º do art. 166-A da CF); e

---

<sup>1</sup> Assemelhar a “transferência especial” a uma doação pecúnia, de toda forma, por um elemento essencial: seria necessário, antes de tudo, que o constituinte derivado tivesse a possibilidade de criar um mecanismo nesse sentido, tornando obrigatório que a União doasse, ferindo a sua autonomia. Essa é uma das críticas de fundo da Emenda em si, exposta neste artigo.

**ii) pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira** (inciso II do § 2º do art. 166-A da CF). Ou seja, a União transferirá recursos sem ter como rastreá-los. Segundo resulta da Emenda, eles **deixarão de ser federais, transformando-se em estaduais, municipais ou do Distrito Federal, dependendo de quem os receba.**

Uma das disposições constante do Substitutivo da Câmara e retirada em undécima hora, na votação final, estabelecia expressamente que as “transferências especiais” seriam fiscalizadas pelos órgãos de controle interno e externo de cada ente recebedor. Essa exclusão, antes de melhorar o texto, dá azo a interpretações.

A distribuição de competências entre órgãos de controle externo, assim como entre os de controle interno, decorre do princípio federativo e da consequente autonomia administrativa de que gozam os entes da federação. 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 os esteja gerindo ou aplicando, seja a própria União, uma organização social, um estado ou um município. O mesmo se aplica à fiscalização dos recursos estaduais, municipais e do Distrito Federal, que fica a cargo das respectivas instâncias de controle. Naturalmente, a mesma lógica se aplica quanto a qual Ministério Público pode atuar, quais órgãos da Justiça terão competência para julgar feitos relacionados ao emprego desses dinheiros, como ações de improbidade administrativa.

A distorção conceitual que foi promovida pela EC nº 105, de 2019, e que evidenciaremos neste artigo, abre leque para situações indesejáveis.

Neste trabalho, apontamos que o constituinte derivado produziu uma contestável inovação jurídica ao estatuir que o recurso constante do orçamento da União, destinado na forma das leis orçamentárias federais e mediante emendas de parlamentares também federais, passará a pertencer ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira. O novo comando constitucional faz com que recursos federais percam essa qualidade pelo singelo ato de serem transferidos a outro ente federado. Parece tão possível quanto simples, e exatamente por isso não é nem um nem outro, consoante ficará patente.

Comentamos anteriormente o comando excluído na votação derradeira que definia, de forma taxativa, que os recursos de “transferências especiais” passariam a ser fiscalizados pelos órgãos de controle interno e externo do ente recebedor. Apesar de ausente expressa estipulação, essa é uma consequência material da mecânica engendrada pelo constituinte derivado, em função da lógica da repartição de competências federativas.

A sistemática da Emenda retira da União a competência de acompanhar e fiscalizar a aplicação desses dinheiros transferidos. Lembramos que estamos falando de recursos da União destinados a terceiros por meio do orçamento federal. Os terceiros, no caso, são os outros componentes da Federação. A artificialidade da norma gerada é patente. O recurso é indiscutivelmente da União, e não de X, Y ou Z. A simples transferência de um recurso de uma pessoa para a aplicação por outra não lhe transfere a propriedade.

No caso de recurso público então, que é indisponível, a questão é mais sensível. Não há diferença ontológica alguma entre a União repassar recursos seus para ONGs ou para outros componentes da Federação aplicarem. Trata-se de transferência de posse, não de propriedade. Os recursos nunca deixam de ser federais em razão do ato de transferir. Fundamentaremos detalhadamente essa afirmação na análise.

Decorre da combinação do inciso II do § 1º com o inciso III do § 2º e o § 5º, todos do art. 166-A da CF, que as “transferências especiais” serão aplicadas em programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado, com as seguintes condicionantes: ao menos 70% serão empregadas em despesas de capital de natureza não financeira e até 30% poderá ser utilizado em despesas de custeio. Significa dizer que devem ser aplicadas em investimentos, no mínimo, 70% desses recursos.

O § 3º do art. 166-A autoriza o integrante da federação que for beneficiado com “transferência especial” da União a firmar contratos de cooperação técnica, para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos recursos.

Conforme constava da ainda PEC, manter-se-ia com as instâncias de controle federal apenas a fiscalização da chamada “transferência com finalidade definida”, cujos recursos deveriam ser aplicados conforme a programação

estabelecida na emenda parlamentar e dentro das áreas de competência constitucional da União. A parte final foi mantida na EC nº 105, mas a determinação expressa de que a fiscalização caberia aos órgãos federais saiu. Essa retirada serviu apenas para aumentar a insegurança jurídica. Há espaço para alegações de que nem mesmo esses recursos podem ser fiscalizados por instâncias de controle da União.

O Substitutivo da Câmara inovou ao incluir no texto que acabou sendo aprovado a estipulação de que é assegurada a transferência financeira de, no mínimo, 60% das “transferências especiais” no primeiro semestre do exercício financeiro subsequente ao da publicação da Emenda Constitucional.

## **2 A VIOLAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

A EC nº 105 cria novas emendas orçamentárias impositivas ao orçamento. Em verdade, reserva-se parte do orçamento em relação à qual o Executivo não poderá dispor.

Compreendemos haver afronta à tripartição de Poderes quando se reserva um quinhão de recursos que devem ser destinados pela lei orçamentária sobre o qual é retirada do Executivo a faculdade dada pela Constituição de propor como serão empregados. A segregação de competências constitucionais originárias é clara: o presidente da República propõe projeto de lei para o parlamento que, somente depois de recebida a proposição, exerça suas competências de discutir, emendar e deliberar, obedecidos os marcos postos pela lei fundamental. Esta é a configuração que respeita a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) consagrada em nosso ordenamento.

A EC nº 105 não contém apenas uma singela vinculação de receita, hipótese já considerada constitucional pelo STF. Por exemplo, é constitucional reservar um percentual da receita para ser aplicada em determinada atividade ou programa de governo, mas o Executivo mantém a primazia de propor, ficando a sua proposição sujeita a emendas dos parlamentares. Esse concerto resulta do exercício de atividade típica do Poder Executivo: propor e implementar políticas públicas. Ao retirar desse Poder a possibilidade de sequer sugerir o que será feito com uma parcela do orçamento, a EC nº 105 o alijou parcialmente do exercício de função que lhe é precípua e a transferiu para o parlamento.

A hipótese da EC nº 105 é também diferente do que resultou das ECs nº 86 e 100. Em essência, essas emendas tornam obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal. Portanto, por elas o Executivo continua a propor e o Legislativo a emendar.

No caso da EC nº 105, um percentual do orçamento é segregado para ser efetivamente tanto proposto, quanto aprovado pelo parlamento, e sua execução será obrigatória, em razão das ECs nº 86 e 100. Ao Executivo não é dado dizer nada sobre essa parcela. Nutrimos firme a convicção de que assim se descumpre o equilíbrio entre freios e contrapesos fixado pelo constituinte originário.

Sob qualquer ângulo que se olhe, a EC nº 105 retirou do Executivo meios para influir sobre uma fração da despesa orçamentária. O presidente da República não pode propor nada em relação a esse montante, pois é integral e expressamente prenotado como objeto de disposição por meio de emendas parlamentares.

Assim, temos que a EC nº 105 diminui competência inata do Poder Executivo de propor leis orçamentárias anuais (art. 165, III, da CF), trespassando a separação de poderes, cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, III, da Carta de 1988.

Evidenciar o desrespeito à separação de poderes contida na EC nº 105 é relativamente simples. Muito mais sutil e arguto é demonstrar que o constituinte derivado afrontou a autonomia administrativa da União e dos outros entes federados, e, portanto, o princípio federativo, ao deliberar sobre a Emenda. Este é o objetivo do próximo item.

### **3 A AFRONTA ÀS AUTONOMIAS ADMINISTRATIVAS DOS INTEGRANTES DA FEDERAÇÃO**

Enfatizamos, de plano, que nossa crítica tem natureza exclusivamente jurídica, tomando por base a Constituição Federal. Do mesmo modo, afirmamos não nutrirmos qualquer sentimento de oposição a que se busquem meios para auxiliar financeiramente Estados, Municípios e Distrito Federal. Cremos ser este um sentimento unanimemente compartilhado por todos os brasileiros.

Em momento algum se contesta neste trabalho a prerrogativa da União de destinar, por meio do seu orçamento, recursos de sua titularidade para outros integrantes da Federação. Conforme anteriormente dito, essa é uma faculdade que desde sempre ela teve. A EC nº 105 carece de inovação nesse sentido.

Em nosso entender, a pedra angular da crítica reside na impossibilidade de o constituinte derivado instituir as regras presentes na Emenda, que tem os seguintes substratos:

- o presidente da República perde a primazia recebida do constituinte originário de propor como serão aplicados os recursos de uma parte do orçamento – iniciativa orçamentária –, que passa a ser competência do parlamento, sob a tão-somente nominal alcunha de emenda ao orçamento. Dizemos nominal porque só se emenda aquilo que antes foi proposto. No caso, nada será proposto pelo Executivo, e os parlamentares terão resguardadas para si tanto a iniciativa, quanto a aprovação do que propuserem, com a garantia de execução (já tratado no item anterior);
- os recursos federais destinados a Estados, Municípios e Distrito Federal por meio de “transferências especiais” são destinados a esses entes sem formalização de convênio ou instrumento congêneres, pelo qual se poderia firmar a conjunção de objetivos entre as partes convenientes na aplicação desses valores, havendo a formalização de obrigações mútuas e a viabilidade de se rastrear o caminho do dinheiro;
- além de dispensar a assinatura de convênio para as “transferências especiais”, os recursos federais deixam de assim ser e passam a pertencer ao ente receptor com simples ato de transferência;
- como consequência, a fiscalização da aplicação dos recursos das “transferências especiais” passa a competir às instâncias controladoras do ente receptor;
- não obstante o recurso da “transferência especial” ser do ente receptor, ele não poderá utilizá-lo seguindo as mesmas regras aplicáveis aos demais recursos originariamente seus. É defeso a quem os recebe destiná-los ao pagamento de despesas com pessoal (ativo e inativo) ou de encargos referentes ao serviço da dívida. Além disso, só lhe é permitido aplicá-los em programações finalísticas das áreas de

competência do Poder Executivo, sendo, ao menos, 70% em despesas de capital de natureza não financeira e até 30% em despesas de custeio. Ou seja, o recurso é do ente federado, mas ele não define plenamente sua destinação, como faz com os demais valores do seu erário;

- os recursos das “transferências com finalidade definida” devem ser aplicados conforme a programação estabelecida na emenda parlamentar e dentro das áreas de competência constitucional da União, mas nunca no pagamento de despesas com pessoal (ativo e inativo) ou de encargos referentes ao serviço da dívida;
- a EC nº 105 não estipula a quem compete fiscalizar a aplicação dos recursos das “transferências com finalidade definida”. No entanto, considerando que eles se mantêm como recursos da União, a lógica é de que cabe aos órgãos de controle federais a vigília.

Repetimos que nossa resistência não é quanto à União ajudar os outros componentes da Federação, mas contra a promoção desse auxílio por meio de regras que violam o núcleo duro da Lei Maior, afrontando a autonomia federativa.

Ainda em preliminar, fazemos o alerta quanto à função especial, *sui generis*, que os parlamentares federais exercem quando votam uma proposta de emenda à Constituição da República. Para isso, lançamos mão de uma analogia simples, mas efetiva.

Quando à distância olhamos para um recipiente com água potável límpida e para outro contendo álcool destilado, nossa percepção visual leva-nos a entender que são dois líquidos iguais. Por óbvio, não são, e é desnecessário aqui explicar suas diferenças. Mas, o que interessa é perceber que igual ocorre com os parlamentares do Congresso Nacional quando legislam normas infraconstitucionais e quando promovem mudanças na Constituição da República.

Olhando de fora, o leigo pode misturar um com o outro. A confusão é muito fácil, por conta da coincidência de atores. Quando se descarta do necessário aprimoramento técnico-jurídico, essa ambiguidade ocorre até dentro do parlamento.

Essa miscelânea é um enorme equívoco, equivalente a confundir água potável com álcool destilado. Tanto em um como em outro caso, basta uma

aproximação maior para que nossos outros sentidos, apurados, evidenciem o que é água e o que é álcool. No caso da confusão do legislador federal com o constituinte derivado, fazem as vezes dos nossos sentidos a inteligência das funções atribuídas a um e a outro, que os diferenciam fundamentalmente. Jurídica e tecnicamente, uns não se confundem com os outros.

Enquanto o legislador federal atua em nome da União e dentro dos limites que lhe foram impostos pelo constituinte considerado em sentido lato – o criador do Estado brasileiro –, o constituinte derivado atua em nome desse Estado – de toda a Federação, da nação brasileira – com maior liberdade que o legislador ordinário, mas também limitado por barreiras intransponíveis, bastiões que não podem ser derrubados, estabelecidos por aquele que promulgou o texto de 5 de outubro de 1988: o constituinte primário, inicial. Esses marcos são as conhecidas cláusulas pétreas constitucionais.

Portanto, os parlamentares federais exercem funções absolutamente distintas quando atuam como legisladores ordinários e quando estão investidos das funções do constituinte derivado.

De conformidade com o que estabelece o § 4º do art. 60 da Constituição, não se admite a deliberação sobre proposta para emendá-la tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

O impedimento fixado no inciso I do § 4º do art. 60 é endereçado ao constituinte derivado, que está equidistante de União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Em outras palavras, este legislador constitucional não se confunde com nenhuma dessas pessoas jurídicas e lhe é proibido malferir a autonomia de qualquer um desses terceiros.

Olhando sob a ótica da União, não se trata de uma vedação ao autoflagelo, pois o constituinte derivado não incorpora os interesses dela, que é apenas um dos integrantes da Federação. O integrante do parlamento federal somente dispõe em nome da União quando atua como legislador infraconstitucional. Nessa condição, é possível que edite normas legais inconstitucionais, que malfirmam a autonomia federativa da União. Aí sim, estaríamos diante de autoflagelação.

Portanto, trata-se de um erro crasso imaginar que o constituinte derivado que detém competência para modificar a lei fundamental do Estado brasileiro (Constituição da República) teria a prerrogativa de abrir mão da autonomia administrativa da União, ainda que de apenas parte dela, com o falso fundamento de que seria a própria União que estaria deliberando nesse sentido.

Nesse diapasão, o constituinte derivado expressa os anseios do Estado federal brasileiro, e não de apenas um dos seus entes integrantes. Assim, a emenda constitucional em comento alterou a Constituição da República Federativa do Brasil, não uma constituição da União, que é apenas um dos integrantes da Federação. Atuar em nome da União é tarefa inerente ao legislador federal.

Assim, as normas aprovadas, é imperioso repetir, não derivaram de vontade nascida no âmago da União, mas de deputados federais e senadores que, nessa hora, se revestem das funções do legislador constituinte derivado destinadas a produzir normas fundamentais para toda a Nação.

Conforme dissemos, o constituinte derivado deve seguir balizas criadas pelo constituinte originário, e, tanto afirmamos quanto demonstraremos, a ele não é dado dispor sobre os temas objeto da Emenda Constitucional conforme o fez.

A maior parte da matéria alterada ficará evidente, não poderia ser veiculada em proposta de emenda à Constituição. Efetivamente, a questão da existência de limitações ao poder reformador da lei fundamental e da possibilidade de existirem normas constitucionais inconstitucionais já é matéria pacífica na doutrina e na jurisprudência. Exemplificando, citamos as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 466, 926 e 939, nas quais o Pretório Excelso firmou entendimento nesse sentido.

Qualquer emenda à Lei Fundamental que vise a aumentar a concentração de poderes na União desequilibra a harmonia que deve prevalecer entre os entes federativos, cujo esteio reside nas respectivas autonomias político-administrativas (art. 18, *caput*, CF). Marcamos essa posição porque, aparentemente, a Emenda promove descentralização da União para os entes subnacionais. Mas não, isso é totalmente ilusório. Transferem-se recursos, mas

se acumula poder no nível federal, *pari passu* com diminuição de competência do seu Poder Executivo.

Nagib Slaibi Filho condena essa concentração: “De qualquer forma, a História de nossas Constituições demonstra que, cada vez mais, são ampliados os poderes federais e restringidos os estaduais, tendência que foi quebrada pela Constituição de 1988, que procurou reforçar não só os Estados-membros, mas também os Municípios, em processo de reação ao centralismo imperante no período militar de 1964-1985” (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009).

Apesar da previsão de mecanismos para a descentralização de recursos que, segundo pretende a Emenda, passariam a ser de Estados, Distrito Federal e Municípios, simultaneamente retira-se desses entes capacidade de escolherem como utilizá-los. Exatamente isso: no plano das competências federativas, os outros integrantes da Federação estão sendo subjugados pela União, ao serem compelidos a executar políticas públicas definidas por parlamentares federais ao empregar dinheiros que, ficticiamente – não nos fartamos de afirmar –, a Emenda atribui-lhes a propriedade.

A questão constitucional é bem complexa e chega a ser caricata: a EC nº 105 ofende a separação de Poderes quando suprime faculdades do Presidente da República e as transfere para deputados e senadores, ao tempo em que insulta o princípio federativo em via dúplice: obriga a União a “doar” recursos seus para os entes subnacionais e subjuga a autonomia desses aos desígnios da “doadora” (a bem dizer, dos parlamentares federais), determinando-lhes como devem ser empregados os valores que, pela Emenda, lhes pertencem. É um caso singular de esquizofrenia constitucional.

Afigura-nos certo que os congressistas consideram pacífica a impossibilidade de o constituinte derivado alterar a Constituição para instituir qualquer regra tendente a abolir cláusulas pétreas; dentre elas, a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, inciso I), independente do *quantum* efetivo da mitigação. Para expressar nossa inconformidade em outras palavras, faremos uso de uma outra situação hipotética.

Temos indisfarçada certeza de que o Congresso não acataria proposta de emenda à Constituição que exprimisse, de forma clara e objetiva, que Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam legislar sobre o orçamento da União. Nem mesmo sobre uma pequena parcela dele. Seria uma afronta às competências do Congresso Nacional. Da mesma forma, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal se levantariam contra uma emenda constitucional que desse à União o poder de interferir em suas autonomias, definindo como deveriam ser empregados os recursos que lhes são próprios. Pois bem, é exatamente o que fez a EC nº 105, de 2019, num e noutro sentido.

Relembramos a já explicitada distinção entre legislador federal e legislador constituinte derivado para sedimentar mais especificamente o interdito imposto a este último pelo constituinte originário de não afrontar a forma federativa de Estado.

O art. 166-A, incluído no texto constitucional pela EC nº 105, de 2019, veicula comandos violadores do princípio federativo no § 1º, nos incisos II e III do § 2º, no § 3º e no § 5º.

Explicitaremos individualmente as violações, mas não na mesma ordem em que os comandos estão dispostos no artigo. Começemos pelo pretendido inciso II do § 2º do art. 166-A.

Tecnicamente falando, causa estranheza defender a tese de que esse dispositivo do artigo não desrespeita a autonomia da União quando estipula que os recursos federais deixarão de assim ser no momento em que forem entregues ao ente receptor em razão de destinação dada por meio do – pasmem – orçamento federal!

O orçamento, por definição, estipula como e onde serão aplicados os recursos, permitindo, inclusive, a transferência de posse para que sejam aplicados por outrem, mas não a transferência da propriedade. Não é à toa que, quem recebe subsídios e outros auxílios estatais está adstrito a regras para fazer jus aos benefícios e, por regra constitucional, deve prestar contas da destinação dada aos dinheiros (parágrafo único do art. 70).

O ponto fulcral é este. A proposição retira da União parte de seu patrimônio, ao tempo em que a alija da possibilidade de fiscalizar como será feita a sua aplicação, misturando o dinheiro federal transferido com os valores dos tesouros próprios de Estados e Municípios. Esta é, claramente, uma medida mitigadora da autonomia da União. Portanto, tende a abolir a forma federativa de Estado, pois retira de um dos membros da federação poderes para gerir seus próprios bens, sendo seguramente irrelevante o montante das “transferências especiais”, se muito ou pouco do orçamento federal. A quantia não é fator determinante para a aferição da aderência da norma ao ordenamento jurídico.

Misturar recursos de entes federados diferentes não é possível, de maneira a que se respeite e garanta o pleno exercício da autonomia de cada um deles. Utilizaremos mais uma analogia para expressar essa ideia. Sabemos ser inviável misturar azeite e água. São líquidos insolúveis entre si, não se confundem. O recurso da União sempre será insolúvel em relação aos recursos de outras pessoas jurídicas, da mesma forma que valores pertencentes a um estado ou município nunca poderão ser transformados em federais ou de qualquer outra pessoa<sup>2</sup>. Isso decorre do nosso concerto federativo, da autonomia dos entes federados. Trata-se de corolário básico da Federação. Deve-se poder identificar qual dinheiro é do ente A e qual é do ente B, assim como é possível divisar facilmente o que é água e o que é azeite. A EC nº 105 promove o milagre da transmutação da água em azeite.

É imperioso não confundirmos a tal “transferência especial” com recursos que Estados, Municípios e Distrito Federal recebem por conta dos fundos de participação ou pelo pagamento de *royalties*. Estes valores não têm natureza federal, em momento algum.

No que tange aos fundos de participação, por determinação do constituinte originário – que tudo podia e não estava preso às amarras impostas ao constituinte derivado –, parcela da arrecadação de tributos cobrados pela União

---

<sup>2</sup> Naturalmente, isso não acontece quando o recurso público é utilizado na aquisição de bens ou serviços. Nessas hipóteses, há negócios jurídicos de compra e venda, contratos bilaterais, onerosos e consensuais mediante os quais o vendedor (terceiro) assume a obrigação de transferir bem ou coisa alienável e de valor econômico ao comprador (estado), que por sua vez assume a obrigação de pagar o preço determinado ou determinável em dinheiro ou em outro bem de valor monetariamente exprimível.

pertence, desde o momento em que é arrecadada, a Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim, os recursos dos fundos de participação não são transferidos pela União aos outros entes federados, mas entregues a seus legítimos donos. Esses valores apenas transitam pelos cofres federais, mas nunca foram ou serão da União. Esta apenas funciona como sua fiel depositária.

Os *royalties* são recursos que sequer precisam transitar por cofres federais. A entrega pode ser direta a quem mereça recebê-los, como receita originária sua, seja o beneficiário a própria União, um estado, um município ou o Distrito Federal. É o que se extrai do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.312/RJ, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional assentou que a União, quando muito, apenas entrega os valores aos outros entes federados, a quem efetivamente pertencem desde que a hipótese legal fundamentadora do seu pagamento se efetiva.

Diferente é o caso das “transferências especiais” do art. 166-A. Se alguém tem dúvida de que são dinheiros federais, basta prestar mais atenção ao fato de que a EC nº 105 inclui o art. 166-A na Seção dedicada aos orçamentos da União. Os recursos serão destinados por meio do orçamento federal, por escolha do legislador também federal, mas a União, por uma artificialidade inconstitucional, perde a propriedade<sup>3</sup>, que passará ao Estado, Município ou Distrito Federal. O inciso II do § 2º do sugerido art. 166-A abarca uma contradição em termos; incontornável e da qual derivam outros problemas.

Uma dessas situações contraditórias está no inciso III do mesmo § 2º do art. 166-A. Ora, se o inciso II, que imediatamente o antecede, estabelece que os recursos repassados por meio de “transferências especiais” pertencerão ao ente federado recebedor, o inciso III, combinado com o § 5º também do art. 166-A, abriga clara violação da autonomia desse integrante da Federação, pois o dispositivo coloca-lhe um cabresto, ao determinar como deve ser utilizado o recurso que (pretensamente) é seu. Lembramos: todo o montante recebido deve ser aplicado em programações finalísticas das áreas de competência do poder

---

<sup>3</sup> Segundo o art. 1.228 do Código Civil, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar (ou fruir) e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Em relação a bens públicos, acrescentamos a faculdade de fiscalizar o seu correto uso e emprego, segundo a lei.

Executivo, sendo um mínimo de 70% em despesas de capital, sendo vedado que os 30% restantes (serem usados em despesas de custeio) paguem despesas com pessoal e encargos sociais relativos a ativos e inativos, e com pensionistas, ou em encargos referentes ao serviço da dívida.

É um paradoxo insolúvel. Ou o recurso é do ente que o recebe e sobre ele pode exercer plenamente a autonomia que o constituinte originário lhe assegurou ou não é. Se lhe é vedado exercer essa autonomia de forma completa, das duas uma: ou o recurso não é seu ou o comando é inconstitucional. Se o recurso não é da União, mas de quem ele foi destinado, a combinação do inciso III do § 2º, com o § 5º e com os incisos I e II do § 1º do art. 166-A ofende a autonomia da entidade federada recebedora da transferência.

Resta claro que a primeira opção é a verdadeira, mas não podemos fechar os olhos para as duas inconstitucionalidades do § 2º. A primeira, do inciso II, por violação da autonomia da União. A segunda, do inciso III, que fere a autonomia do recebedor: Estados, Municípios e Distrito Federal. O conjunto da obra é um verdadeiro contrassenso jurídico.

O imbróglio conceitual é tão grande que chega a ser difícil até mesmo explicá-lo. Por respeito ao princípio federativo e à cláusula pétrea do art. 60, § 4º, I, da Carta de 1988, se o recurso é considerado próprio do ente destinatário – diverso da União, por óbvio –, regra incluída por meio de emenda à Constituição Federal não pode determinar como este ente o aplicará. Tal decisão cabe à entidade subnacional à qual os valores [enganosamente, pela Emenda] pertencem, por meio da sua legislação própria, notadamente a orçamentária.

Ademais, não vemos com bons olhos retirar da União o poder de vigiar e fiscalizar o emprego de seu patrimônio, por meio dos órgãos federais de controle e repressão ao mau uso dos recursos públicos. É incontroverso que as instâncias fiscalizatórias federais são mais bem equipadas e treinadas, assim como menos suscetíveis a ingerências externas. Esta é uma transcendência importantíssima da Emenda, que precisa ser observada.

Permanecemos no § 2º para criticar o inciso I, pelo qual se busca estatuir o repasse das “transferências especiais” diretamente ao ente federado beneficiado, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congênere.

Valores da União transferidos a outros entes precisam ser carimbados, individualizados, perfeitamente identificáveis. Não podem eles misturarem-se e sumir no meio dos cofres do ente recebedor, confundindo-se com os dinheiros do beneficiado pela transferência, como água e vinagre que se confundem em uma solução homogênea. Por esse motivo, exige-se a formalização de um instrumento para a transferência, como um termo de convênio. Por meio do inciso I do § 2º do art. 166-A, isso é inviabilizado. Não formalizar termo de convênio ou instrumento similar impede ou obsta a fiscalização, pois dificulta sobremaneira traçar o caminho do dinheiro.

A União não está nem nunca esteve impedida de promover transferências a Estados e Municípios. Aliás, tendo como preceito não discutir neste trabalho a questão da viabilidade de haver emendas parlamentares impositivas ao orçamento, o ponto incontornável, de fato, não é a transferência em si, mas a retirada de autonomia da União, que está sendo alijada da possibilidade de fiscalizar a aplicação de valores que são seus. O erro capital da Emenda é pretender desnaturar de federais recursos que são da União. Temos como certo que, diante do que reza o art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, isso não é possível.

É preciso que se faça uma separação conceitual importantíssima. Assim como não está impedida de destinar recursos aos outros entes federados, a União também sempre tem a possibilidade de doar seu patrimônio, com ou sem encargos. Todavia, não por imposição do constituinte derivado, que não fala em nome da União. Novamente, não confundamos parlamentares federais, legisladores infraconstitucionais, com o legislador constituinte, a despeito de ambas funções serem exercidas pelas mesmas pessoas. Portanto, é um ledô engano afirmar que os comandos contestados são legítima expressão dos anseios da União expressos pelo parlamento federal.

Os constituintes derivados promoveram inusitado prejuízo às prerrogativas do Congresso Nacional ao aprovarem a Emenda Constitucional. Os comandos questionados impedem que a casa que integram, titular do controle externo dos recursos federais, possa exercê-lo em relação aos valores repassados a título de “transferências especiais”.

Os dispositivos contidos na Emenda cuja inconstitucionalidade evidenciamos vulneram, por arrastamento, competências de outras instâncias federais. A CGU não poderá fiscalizar, o TCU não terá como exercer suas atribuições de controle, o Ministério Público Federal se verá impedido de cumprir seu papel institucional e a Justiça Federal não poderá julgar feitos envolvendo a aplicação desses recursos, para citar apenas algumas repercussões da medida.

Por fim, o § 3º do art. 166-A traz um comando, no mínimo, antijurídico, pois não possui três requisitos fundamentais: (i) a matéria nele vertida não inova o ordenamento jurídico; (ii) não é dotado de potencial coercitividade; e (iii) se revela incompatível com os princípios diretores do sistema de direito pátrio.

Sem qualquer sombra de dúvida, decorre da autonomia conferida aos entes federados optar livremente por firmar contratos para qualquer finalidade lícita, independente de lei autorizativa ou qualquer outra forma de permissão, inclusive os de cooperação técnica para fins de subsidiar o acompanhamento da execução orçamentária na aplicação dos seus recursos. Absolutamente nada é dito de novo no § 3º.

Nenhum ente federado precisa ou depende da “autorização” dada no dispositivo. Apesar do brocardo jurídico *verba cum effectu sunt accipienda* (a lei não contém palavras inúteis), infelizmente, a nada se presta o § 3º do art. 166-A. Conforme o dito popular, o comando “chove no molhado”.

#### **4 CONCLUSÃO**

Nossa reserva quanto à Emenda Constitucional nº 105, de 2019, não se deve ao auxílio que se dará a Estados e Municípios, mas às identificadas violações do ordenamento jurídico. Ao fim e ao cabo, a medida legislativa acarreta problemas tanto ao princípio da separação de poderes, quanto ao princípio federativo.

Os termos da EC nº 105, de 2019, obstam que o Executivo proponha políticas públicas, por lhe retirar a possibilidade de sugerir como será destinada parte da receita orçamentária, e impedem a fiscalização pela União da aplicação

de recursos que, verdadeiramente, são federais. De igual forma, inibem que desvios de conduta na aplicação de valores da União sofram reprimendas pelos legítimos detentores das competências constitucionais para tanto: a Justiça Federal e o Tribunal de Contas da União. Ao mesmo tempo, a Emenda possui contradições em termos, quando afirma que o recurso transferido pertence ao ente recebedor, mas simultaneamente lhe tolhe a liberdade de aplicá-lo da mesma forma que emprega os demais recursos que, de fato, são seus.

Concluimos este trabalho na esperança de haver contribuído para que a questão seja vista com novo olhar, de forma que se possam corrigir os pontos de conflito da Emenda com a Carta Política.

## Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos  
e Pesquisas

Consultoria  
Legislativa

SENADO  
FEDERAL



ISSN 1983-0645