

# RECURSOS REPASSADOS PELA UNIÃO NA MODALIDADE FUNDO A FUNDO: uma nova visão sobre a competência de fiscalização

## *DECENTRALIZED RESOURCES FROM FEDERAL GOVERNMENT IN FUND-TO-FUND MODALITY: a new approach about external auditing competence*

Rafael Ferreira de Lira<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo aborda os aspectos relacionados à competência dos Tribunais de Contas no âmbito da fiscalização dos recursos descentralizados na modalidade fundo a fundo, pela União, aos entes subnacionais. Na abordagem inicial, o autor revela a expressiva participação desses recursos na formação de caixa dos entes subnacionais, evidenciando sua importância para o financiamento de grande parte das políticas públicas locais. Em seguida, é realizada uma análise crítica dos argumentos utilizados para consolidar o entendimento atual, segundo o qual o Tribunal de Contas da União é o único órgão de controle competente para fiscalizar a aplicação desses recursos. Por último, são apresentados argumentos que não apenas demonstram a inequívoca compatibilidade jurídica do controle exercido pelos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, mas também evidenciam a necessidade de evolução do entendimento majoritário atual acerca do tema, em prol de uma atuação mais harmônica e coordenada do sistema de controle externo, que garanta mais eficiência, eficácia e efetividade ao controle exercido no âmbito dos Tribunais de Contas nacionais.

**Palavras-chave:** Competência. Controle Externo. Tribunal de Contas. Descentralização de Recursos. Federalismo Fiscal.

**Abstract:** The article aims to analyze the Courts of Accounts competence in the context of decentralized resources in fund-to-fund modality, from the Federal to subnational governments. Initially, the author reveals the expressive weight of those resources in the treasury of states and municipalities, highlighting its relevance to a great portion of local public policies financing. Then, it's done a critical analysis of the arguments used in the consolidation of current understanding, according to which the Federal Court of Accounts has the exclusive competence to audit the use of those resources. Finally, the author presents arguments that not only indicate the undoubtable legal compatibility of the control taken over by Regional Courts of Accounts, but also highlight the need for change in the current understanding about the matter, in order to reach more harmonious and coordinated acting of external control system, which assures more efficiency, efficacy and effectiveness to the control carried out by Brazilian courts of account.

**Keywords:** Competence. External Control. Court of Accounts. Resources Decentralization. Fiscal Federalism.

1 Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE). Assessor Técnico do Departamento de Controle Municipal. Professor da Escola de Contas Públicas Barreto Guimarães (ECPBG). Especialista em Licitações e Contratos pela FAEL. Engenheiro Eletricista pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Bacharelado em Direito pela Estácio. rafael.lira@tce.pe.gov.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A rápida propagação do novo Coronavírus, aliada às devastadoras consequências desta doença nas áreas de saúde e de assistência social, resultaram na edição do Decreto Legislativo n. 06/2020, que reconheceu o Estado de Calamidade provocado pela Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional.

Após a edição desse normativo, diversas ações foram tomadas nos três níveis de governo com o objetivo de conter os efeitos negativos relacionados com a proliferação do vírus. Uma das estratégias adotadas foi a intensificação da descentralização de recursos para que os fundos municipais e estaduais de saúde e de assistência social pudessem adotar as medidas necessárias para o tratamento e à proteção das suas respectivas populações.

Essa estratégia descentralizadora foi fundamental para que os estados e municípios pudessem estruturar suas redes de saúde e de assistência social e, assim, na medida do possível, combater as consequências avassaladoras da doença e controlar a proliferação da Covid-19 no território nacional.

Se, por um lado, esse fato mostrou a relevância do federalismo cooperativo instituído pela Carta Magna de 1988, por outro, lançou luz para antigas questões que até hoje, salvo melhor juízo, não foram corretamente debatidas: afinal, o Tribunal de Contas da União (TCU) deve ser o único tribunal de contas competente para fiscalizar a aplicação desse recurso? Essa exclusividade realmente representa a melhor solução para a eficiência, efetividade e eficácia da atuação do controle externo exercido no âmbito do sistema de tribunais de contas?

### 1.1 PANORAMA ATUAL DA DISTRIBUIÇÃO DE RECEITA E DOS GASTOS PÚBLICOS

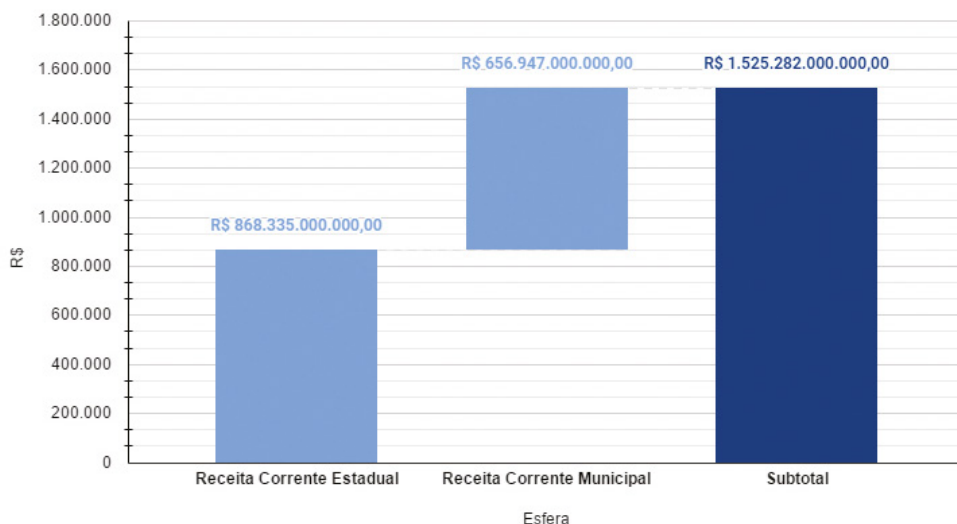
Devido a diversas assimetrias cultivadas ao longo do tempo (parte delas fomentadas pela inércia dos governos subnacionais), a União ostenta hoje a inegável posição de maior arrecadador da federação. Segundo estudo realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA)<sup>2</sup>, o Governo Federal arrecada cerca de 70% de todos os tributos pagos anualmente pela sociedade brasileira. Por isso, apesar das enormes atribuições dos entes subnacionais (destacando-se as áreas de saúde, educação e segurança), grande parte dos recursos disponíveis nos cofres dos Estados e Municípios é proveniente de transferências advindas do Governo Federal.

Segundo o Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais da Secretaria de Tesouro Nacional, em 2019, a receita corrente agregada de todos os Estados brasileiros foi de aproximadamente 868,3 bilhões de reais. Enquanto isso, os municípios somaram uma receita corrente agregada da ordem de 657 bilhões de reais. Desse valor,

<sup>2</sup> RABELLO, G.G.; OLIVEIRA, J. M. Tributação Sobre Empresas no Brasil: Comparação Internacional. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, v. 41, p. 33-43, out/2015.

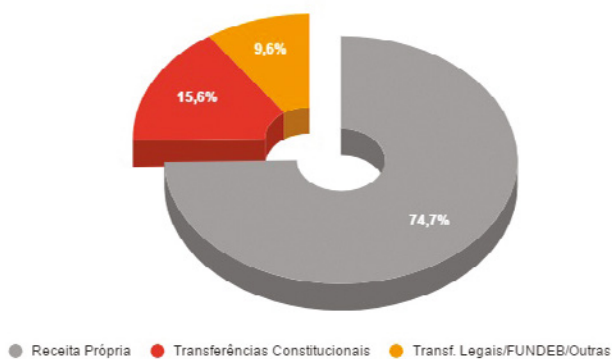
aproximadamente 25% correspondeu a recursos que tinham sido transferidos pelo Governo Federal, isto é, em 2019, a cada real no caixa dos entes subnacionais, cerca de 25 centavos eram provenientes dos recursos repassados pela União. Essa situação é ilustrada pelos gráficos a seguir.

**Figura 1 - Receita Corrente por Esfera (2019)**



Fonte: Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais - Elaborado pelo autor.

**Figura 2 - Composição da Receita de Estados e Municípios (2019)**



Fonte: Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais e Transparência do Governo Federal - Elaborado pelo autor.

Parte desses repasses está relacionado com as transferências chamadas de constitucionais. É nesse rol que estão, por exemplo, as transferências realizadas por meio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), cujos recursos são tidos como receitas originárias dos entes subnacionais, sendo, portanto, fiscalizados pelos respectivos Tribunais de Contas Estaduais (TCEs) e Tribunais de Contas Municipais (TCMs).

Uma segunda parte dessas transferências é realizada por meio de acordos, ajustes, convênios ou instrumentos congêneres, fato que, em consonância com o art. 71, VI, da Constituição Federal, atrai incontestavelmente a competência de fiscalização para o TCU.

Porém, uma última parcela é referente aos recursos transferidos na modalidade “fundo a fundo” (também chamadas de “transferências legais”). Ao contrário dos dois tipos anteriores, existem certas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da competência para realizar fiscalização da aplicação desse tipo de recurso. É nesse último grupo que estão, por exemplo, as transferências realizadas pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) aos fundos de dos entes subnacionais para custeio das ações e serviços de saúde à população local.

Segundo estudo do IPEA, em 2017, o país empregou cerca de 266 bilhões de reais em ações e serviços públicos de saúde nas três esferas de governo. Desse valor, aproximadamente 69 bilhões de reais foram referentes a recursos repassados pelo Fundo Nacional de Saúde aos Fundos Estaduais (FESs) e Municipais (FMSs). Assim, aproximadamente 26% de tudo que foi gasto em saúde pública no país naquele ano teve como origem os recursos do FNS.

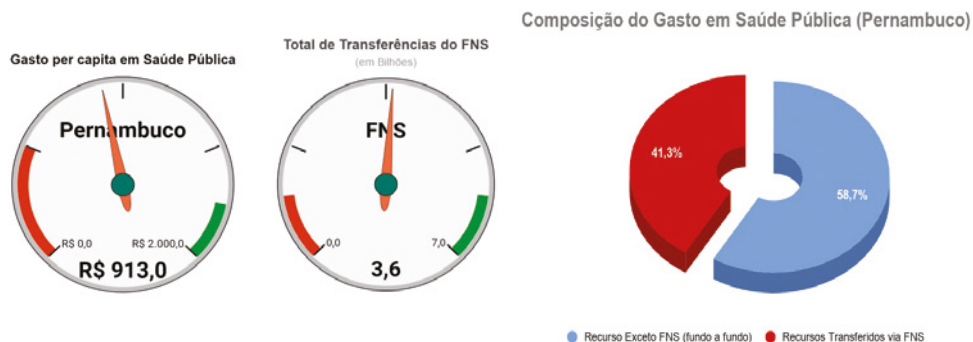
**Figura 3 - Composição dos Gastos em Saúde Pública - Nível Nacional (2017)**



Fonte: Consolidação do Gasto com Ações e Serviços Públicos de Saúde - ASPs (IPEA) e Consulta Consolidada do Fundo Nacional de Saúde (FNS) - Elaborado pelo Autor.

A situação se torna ainda mais acentuada quando se compara os dados do gasto com saúde pública dos estados do Norte e Nordeste do país. Segundo estudos do IPEA, em 2017, foram gastos aproximadamente 8 bilhões de reais com ações e serviços públicos de saúde em todo o Estado de Pernambuco. Desse valor, cerca de 3,6 bilhões de reais se referem a recursos repassados diretamente pelo FNS aos Fundos Municipais e Estadual de saúde. Com isso, é possível constatar que a cada real gasto em saúde pública no Estado, 41 centavos têm como origem o repasse de recursos realizado pelo Fundo Nacional de Saúde aos FMSs e ao FES.

**Figura 4 - Composição dos Gastos em Saúde Pública - Pernambuco (2017)**



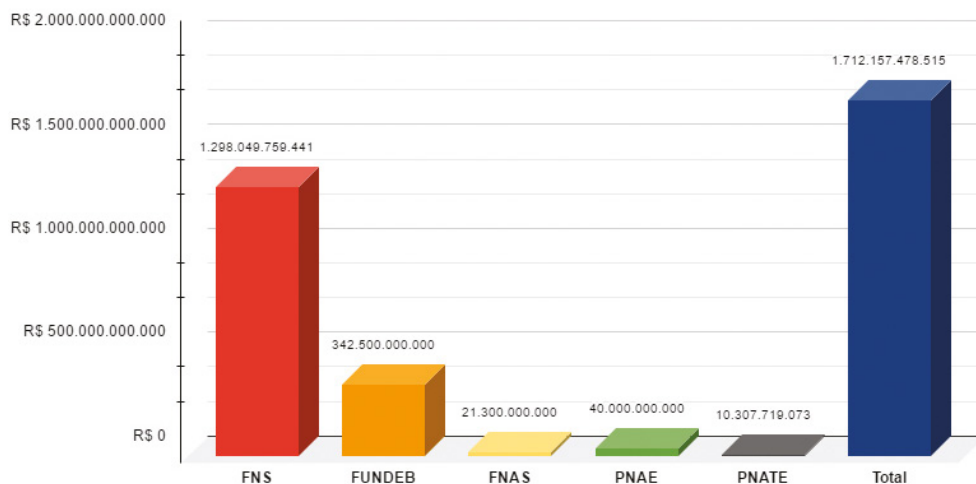
Fonte: Consolidação dos Gastos com ASPs (IPEA) e Consulta Consolidada do Fundo Nacional de Saúde (FNS) - Elaborado pelo autor.

Em muitos casos, o valor repassado anualmente via FNS é comparável a todo o valor recebido pelos municípios da unidade da federação via FPM, tida como a principal fonte de receita da maioria dos municípios brasileiros. Em 2017, por exemplo, os municípios de Pernambuco receberam, somados, a quantia de 3,8 bilhões de reais<sup>3</sup> via FPM (montante apenas 5% superior ao valor recebido pelo Estado e municípios via FNS naquele ano).

Para se ter uma correta compreensão da magnitude dos valores que estão envolvidos nesses tipos de transferência (chamada de “fundo a fundo” ou “legal”), foi realizada uma projeção dos valores que serão repassados ao longo dos próximos 10 anos no âmbito das cinco principais ações orçamentárias das áreas de saúde, educação e assistência social.

3 BRASIL. Controladoria Geral da União. Portal da Transparência do Governo Federal. **Módulo: Estados e Municípios**. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

**Figura 5 - Projeção de Transferências (por categoria) nos Próximos 10 anos**



Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal e Estudo Técnico Desenvolvido pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados<sup>4</sup>. Elaborado pelo autor.

Como pode ser observado, Estados e Municípios receberão cerca de 1,7 trilhões de reais nos próximos 10 anos para atender aos programas locais dessas cinco ações orçamentárias. Desse valor, 76% correspondem às descentralizações no âmbito do FNS e 20% às transferências no âmbito do novo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

Para fins comparativos, caso todo esse montante fosse dividido igualmente pelos 26 Estados e o Distrito Federal, representaria um repasse médio de 63,4 bilhões de reais por ente, ao longo de todo o período, valor que representa mais de 200% de toda a receita corrente do Estado de Pernambuco no ano de 2019.

Os números mostram a inequívoca importância de um debate transparente e imparcial, no âmbito do sistema de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, a respeito da competência de fiscalização desses valores descentralizados na modalidade fundo a fundo.

## 2 COMPETÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO: FRAGILIDADES DO POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO ATUAL

Ao longo de mais de vinte anos, o Tribunal de Contas da União (TCU) consolidou entendimento no sentido de que cabe a ele acompanhar, fiscalizar e julgar os possíveis desvios na aplicação dos recursos descentralizados pelo Governo Federal

<sup>4</sup> TANNON, C. R. PEC 15/2015: texto aprovado na Câmara dos Deputados. Novo mecanismo redistributivo: resultados esperados, avaliação e proposta de regulamentação. **Estudo Técnico n. 22/2020**, Brasília, p. 5, jul/2020.

na modalidade fundo a fundo. Esse entendimento foi aos poucos também sendo adotado pelos órgãos do poder judiciário e hoje representa o posicionamento majoritário (apesar de não unânime) acerca desta questão.

Na revisão jurisprudencial que antecedeu a construção do presente artigo, foram analisadas mais de cinco dezenas de decisões judiciais e administrativas a respeito do tema, em especial, dos recursos descentralizados por meio do FNS. A partir delas, foi possível constatar que praticamente 100% dos acórdãos e decisões que defendem a competência federal para fiscalizar a aplicação dos recursos repassados por meio de transferências realizadas fundo a fundo estão fundamentados em, pelo menos, um dos três motivos a seguir:

- 1) Art. 33 da Lei Federal n. 8.080/90.
- 2) Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).
- 3) Interpretação do próprio TCU a respeito do caso.

Ao longo dos próximos tópicos deste artigo pretende-se discorrer cada um dos motivos anteriores e mostrar os equívocos relacionados à utilização de cada um desses argumentos.

## 2.1 ARTIGO 33 DA LEI FEDERAL N. 8.080/90

A Lei Federal n. 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS), dispõe sobre as condições para a promoção, proteção da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes. O §4º do art. 33 desse texto normativo aduz que:

Lei Federal n. 8.080/90

Art. 33 §4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu **sistema de auditoria**, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. **Constatada a malversação**, desvio ou não aplicação dos recursos, **cabará ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei**. (Grifos nosso).

Segundo os defensores da tese majoritária, esse parágrafo estabelece o Ministério da Saúde como o órgão responsável por acompanhar e controlar a aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios e, por isso, o dispositivo atrairia a competência federal exclusiva para realizar a fiscalização desses recursos. O fato é que essa tese desconsidera completamente as regulamentações e transformações legislativas que sucederam a edição da Lei Federal n. 8.080/90.

Em primeiro lugar, é preciso deslindar o real significado da expressão “*sistema de auditoria*” mencionada pelo citado trecho da Lei. O Sistema Nacional de Auditoria em Saúde (SNA) foi instituído pela Lei Federal n. 8.689/93 e posteriormente regulamentado pelo Decreto n. 1.651/95. Segundo o art. 2º do Decreto, o SNA

compreende os órgãos que forem instituídos *em cada nível de governo*, sob a supervisão da *respectiva direção do SUS* para, entre outros objetivos, controlar, avaliar e auditar a aplicação dos recursos no âmbito do SUS.

Verifica-se, portanto, que o “sistema de auditoria” referenciado pelo §4º do art. 33 vai muito além da singular estrutura do Ministério da Saúde. Na verdade, o SNA, assim como todo o Sistema Único de Saúde, possui disposição tríplex e é formado por órgãos presentes em todas as três esferas de governo que compõem o SUS.

No mesmo diapasão, é possível ainda destrinchar o real significado do trecho final do §4º do art. 33, que prevê que “Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei”. Para isso, é possível valer-se do disposto no art. 3º do referido Decreto, segundo o qual:

Decreto n. 1.651/95

Art. 3º Para o cumprimento do disposto no artigo anterior, o SNA, nos seus diferentes níveis de competência, procederá: [...]

**III - ao encaminhamento de relatórios específicos aos órgãos de controle interno e externo, em caso de irregularidade sujeita à sua apreciação**, ao Ministério Público, se verificada a prática de crime, e o chefe do órgão em que tiver ocorrido infração disciplinar, praticada por servidor público, que afete as ações e serviços de saúde. (Grifos nosso).

Desta forma, ainda na esteira da repartição de competências federativas, ao serem detectadas irregularidades, os órgãos do SNA (composto, dentre outros, pelo DCAA, órgão de atuação do Ministério da Saúde no âmbito do SNA) deverá cientificar os órgãos de controle para que sejam tomadas as medidas cabíveis nos seus âmbitos de atuação, sendo, portanto, essa a “medida prevista” mencionada ao final do §4º do art. 33 da Lei Federal n. 8.080/90.

Destaca-se ainda que, ao longo dos anos, por meio da edição de textos normativos contemporâneos, houve um detalhamento e também uma extensão da previsão estabelecida pelo art. 33 da Lei Federal n. 8.080/90. São fatos que, quando somados com a conjuntura exposta acima, fragilizam a argumentação de que o referido artigo da Lei Orgânica do SUS atrai a competência federal exclusiva para fiscalizar a aplicação dos recursos descentralizados pela União aos Estados e Municípios.

Para iniciar, é possível recorrer ao já mencionado Decreto n. 1.651/95. Como pode ser observado no trecho a seguir, quando se trata de recursos transferidos pela União aos Estados e Municípios, o art. 6º faz uma clara diferenciação entre o controle que deve ser exercido pelo Ministério da Saúde e àquele que deve ser exercido pelo Tribunal de Contas, ao qual está jurisdicionado o órgão executor da despesa:

Decreto n. 1.651/95

Art. 6º A comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios far-se-á:



I - para o Ministério da Saúde, mediante:

a) **prestação de contas e relatório de gestão, se vinculados a convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres**, celebrados para a execução de programas e projetos específicos;

b) **relatório de gestão**, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, **se repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais de saúde;**

II - **para o Tribunal de Contas, a que estiver jurisdicionado o órgão executor, no caso da alínea b do inciso anterior [...].** (Grifos nosso).

Como pode ser claramente verificado no fragmento do Decreto, quando se trata de recursos repassados por meio de convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congêneres (redação do art. 71 VI da CF), o órgão executor da despesa deve realizar a *prestação de contas* perante o Ministério da Saúde. Porém, quando o recurso for recebido por meio de transferência fundo a fundo, realizada por intermédio do FNS, existe apenas o *mero envio do Relatório de Gestão*.

Por sua vez, como pode ser visualizado no trecho a seguir, o Relatório de Gestão tem o objetivo de auxiliar o Ministério da Saúde no seu papel de coordenador nacional do Sistema de Saúde, possuindo natureza de macro acompanhamento dos serviços prestados à população local. Portanto, o referido documento não se presta a fazer o controle pormenorizado dos contratos celebrados pelo Fundo de Saúde local, papel que, segundo o normativo, fica a cargo do Tribunal de Contas a que estiver jurisdicionado o órgão executor.

Decreto n. 1.651/95

Art. 6º § 3 - O relatório de gestão compõe-se dos seguintes elementos:

I - **programação e execução física e financeira do orçamento**, de projetos, de planos e de atividades;

II - **comprovação dos resultados alcançados quanto à execução do plano de saúde** de que trata o inciso III do art. 4º da Lei n. 8 142, de 1990;

III - **demonstração do quantitativo de recursos financeiros próprios aplicados no setor saúde**, bem como das transferências recebidas de outras instâncias do SUS;

IV - documentos adicionais avaliados nos órgãos colegiados do SUS. (Grifos nosso).

Para encerrar, é fundamental destacar que a Lei Complementar n. 141/2012 (que regulamenta o § 3º do art. 198 da CF) reafirmou de maneira clara e objetiva a participação dos órgãos de controle locais na fiscalização dos recursos aplicados no âmbito do SUS, conforme pode ser observado a seguir:

Lei Complementar n. 141/2012

Art. 42. Os órgãos do sistema de auditoria, controle e avaliação do SUS, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão verificar, pelo sistema de amostragem, o cumprimento do

disposto nesta Lei Complementar, além de verificar a veracidade das informações constantes do Relatório de Gestão, com ênfase na verificação presencial dos resultados alcançados no relatório de saúde, **sem prejuízo do acompanhamento pelos órgãos de controle externo e pelo Ministério Público com jurisdição no território do ente da Federação.** (Grifos nosso).

Por todo o exposto, parece claro que a interpretação sistemática do arcabouço legislativo evidencia a participação ativa de todos os entes da federação e dos respectivos órgãos de controle interno e externo na fiscalização dos recursos repassados por meio do Fundo Nacional de Saúde.

Esse fato contrapõe de maneira direta o argumento de que o Ministério da Saúde é o único responsável por realizar esse controle. Por isso, nesse contexto, não há argumentos que sustentem a tese que o Tribunal de Contas da União é o órgão (ou pelo menos, o único órgão) competente para realizar, em sede de controle externo, a fiscalização desse tipo de recurso.

## 2.2 SÚMULA N. 208 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Súmula n. 208 do STJ é outro argumento bastante citado na maioria das decisões e acórdãos inspecionados na revisão jurisprudencial realizada durante a construção do presente artigo. Seu enunciado aduz que:

Súmula n. 208 do STJ

Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Cumpra consignar que, na maioria dos casos, a Súmula supramencionada é utilizada em conjunto com o argumento do art. 33, §4º, da Lei Federal n. 8.080/90, já refutado no tópico anterior.

Por oportuno, é ainda fundamental destacar que o referido entendimento foi sumulado pela 3ª Seção do egrégio Tribunal, colegiado especializado em matérias criminais. Portanto, sua aplicação não é automática em casos de outros ramos do direito, como é o caso da área administrativa ou mesmo da área cível.

Para além disso, cabe salientar que, logo em seguida à edição do entendimento ao parágrafo anterior, a própria Terceira Seção editou a Súmula n. 209 que, de certa forma, atua como um contraponto àquilo que foi determinado na Súmula precedente.

Súmula n. 209 do STJ

Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Como pode ser verificado no enunciado, para que haja a sua aplicação, em detrimento ao que foi estabelecido pela Súmula n. 208 é preciso que a verba seja incorporada ao patrimônio municipal. Apesar de ainda existir certa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da ocorrência ou não desta incorporação, quando se trata das verbas repassadas por meio do FNS aos fundos de saúde estaduais e municipais, essa parece ser a única dedução lógica razoável.

Para corroborar com essa conclusão, destaca-se o artigo 27 da LC n. 141/2012:

Lei Complementar n. 141/2012

Art. 27. **Quando os órgãos de controle interno do ente beneficiário, do ente transferidor ou o Ministério da Saúde detectarem que os recursos previstos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal estão sendo utilizados em ações e serviços diversos dos previstos no art. 3º desta Lei Complementar**, ou em objeto de saúde diverso do originalmente pactuado, **darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público competentes**, de acordo com a origem do recurso, com vistas:

I - à adoção das providências legais, no sentido de determinar a imediata devolução dos referidos recursos ao Fundo de Saúde do ente da Federação beneficiário, devidamente atualizados por índice oficial adotado pelo ente transferidor, visando ao cumprimento do objetivo do repasse; (Grifos nosso).

Como é possível verificar, uma vez regularmente transferidos, os recursos jamais voltam aos cofres do Fundo Nacional de Saúde. Qualquer tipo de restituição deve sempre ocorrer em favor do fundo de saúde local (seja ele estadual ou municipal). Isso acontece mesmo se constatada malversação ou desvio da verba repassada.

Ao consignar nesse sentido, a Lei parece apontar em uma única direção razoável: a verba regularmente transferida pertence à população local, devendo obrigatoriamente ser empregada para consecução das ações e serviços de saúde em prol daquela localidade.

Cumprir destacar que o próprio TCU, como não podia deixar de ser, segue nas suas decisões o entendimento consagrado no art. 27 da supramencionada Lei Complementar. Um exemplo disso pode ser visto no fragmento a seguir, extraído do Acórdão n. 3.990/2016 da egrégia Corte de Contas:

Acórdão n. 3.990/2016 - TCU

31. **Determinar a restituição dos valores ao Fundo Municipal Saúde de Paraibuna – SP, nas respectivas contas específicas, e não aos cofres do Fundo Nacional de Saúde**, conforme preceitua o inciso I do art. 27 da Lei Complementar 141/2012. [...]

35. Dessa forma, **a devolução dos recursos federais transferidos fundo a fundo para ações e serviços de saúde com vistas ao cumprimento do § 3º, inciso II, do art. 198 da Constituição Federal/1988, seja em razão de desvio de finalidade, seja em razão de desvio de objeto, deve ter como cofre credor o fundo do ente federado beneficiário do repasse.** (Grifos nosso).

Se mesmo nos casos em que seja detectada malversação ou desvio de recursos, a verba jamais volta aos cofres do FNS, pois na realidade pertence à população local, é dedução lógica considerar que esse recurso se incorpora ao patrimônio municipal e, por conseguinte, é plenamente possível aplicar a Súmula n. 209 do STJ, segundo a qual Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal, afastando-se, desta forma, a aplicabilidade do entendimento exarado na Súmula antecedente.

Para finalizar, é válido destacar que, segundo o informativo do STJ<sup>5</sup>, a Súmula n. 208 tem como alguns dos seus precedentes originários o CC 14.061-RS (3ª S, 24.04.1996) e o CC 15.703-RO (3ª S, 13.03.1996), que se fundamentaram no entendimento do próprio TCU a respeito do caso. Como será detalhado no próximo tópico, esse entendimento possui inconsistências que podem fragilizar a interpretação consignada pela referida Súmula.

## 2.3 ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Como já mencionado, ao longo de mais de vinte anos, o TCU consolidou o entendimento de que cabe àquela Corte de Contas acompanhar, fiscalizar e julgar os possíveis desvios na aplicação dos recursos descentralizados pelo Governo Federal na modalidade fundo a fundo.

Ao realizar uma vasta pesquisa da jurisprudência interna da egrégia Corte de Contas, foi possível identificar àquela que pode ser considerada a decisão que serviu de fundamento basilar para as últimas duas décadas de acórdãos sobre o caso: a Decisão 506/1997 - Plenário. A referida Decisão tratava de um suposto desvio de recursos que ocorrera na Secretaria de Saúde de Santa Catarina.

Ao examinar o teor da denúncia, os técnicos da então Secretaria de Controle Externo de Santa Catarina (SECEX/SC) concluíram pela incompetência do TCU para apurar a referida irregularidade, pois, segundo eles, se tratava de um recurso próprio do Estado. Por esse motivo, solicitaram o arquivamento da denúncia e encaminhamento da cópia dos autos ao TCE/SC para que fossem tomadas as medidas cabíveis.

Ao receber o relatório da equipe técnica, o então Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, utilizando-se das suas prerrogativas legais, discordou da opinião da equipe técnica e remeteu os autos para a então 4ª Inspeção Geral de Controle Externo (IGCE) objetivando, notadamente, “[...] definir a competência desta Corte para fiscalizar a aplicação de recursos orçamentários do INAMPS, repassados a Estados, Distrito Federal e Municípios, para financiamento das atividades hospitalares e ambulatoriais vinculadas ao Sistema Único de Saúde - SUS [...]”.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Revista de Súmulas**, Brasília, v. 15, p. 231 (Súmula n. 208), dez/2010. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15.pdf). Acesso em: 14 set. 2020.

Como resultado do estudo realizado, a 4ª IGCE conclui da seguinte forma:

Decisão n. 506/1997 - TCU (relatório)

4. **Este trabalho demonstra, em síntese, a natureza convencional da transferência dos recursos do SUS**, como bem fundamenta a 4ª SECEX, em seus pareceres.

5. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 71, VI, preceitua que este Tribunal fiscaliza a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênios, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. (Grifos nosso).

Nesse diapasão, o egrégio colegiado decidiu por:

Decisão n. 506/1997 - TCU (acórdão)

1 - **firmar entendimento sobre a matéria em questão, no sentido de que os recursos repassados pelo Sistema Único de Saúde - SUS, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, constituem recursos federais e que, dessa forma, estão sujeitos à fiscalização desta Corte** as ações e os serviços de saúde pagos à conta desses recursos, quer sejam os mesmos transferidos pela União mediante convênio, quer sejam repassados com base em outro instrumento ou ato legal. (Grifos nosso).

Com efeito, é possível concluir que essa decisão inaugurou todo o entendimento posterior do TCU a respeito do caso. Desta feita, todos os acórdãos posteriores remetem (seja de forma direta, seja de forma oblíqua) à supramencionada decisão.

À luz desse cenário, mostra-se fundamental analisar os motivos que levaram a 4ª IGCE a concluir pela competência do TCU no tocante à fiscalização dos recursos repassados no âmbito do SUS. Ao realizar a análise dos autos do processo, foi possível destacar os três principais argumentos que culminaram na referida conclusão, sendo eles:

- 1) O art. 33, §4º, da Lei Federal n. 8.080/90;
- 2) O fato dessas transferências de recursos não estarem consignadas entre os arts. 157 e 160 da Constituição Federal;
- 3) O entendimento que os recursos seriam repassados aos fundos estaduais e municipais de saúde por meio de instrumentos análogos a convênios.

Tendo em vista a importância desta decisão para o entendimento nacional a respeito do tema, os argumentos supramencionados serão abordados de maneira pormenorizada ao longo dos próximos tópicos.

### 2.3.1 Art. 33, §4º, da Lei Federal n. 8.080/90

Esse argumento já foi deslindado de maneira exaustiva na Seção 2.1 do presente artigo. Como ficou demonstrado, a interpretação sistemática do arcabouço legislativo

evidencia a participação ativa de todos os entes da federação e dos respectivos órgãos de controle interno e externo na fiscalização dos recursos repassados por meio do FNS.

Esse fato contrapõe de maneira direta o argumento que o Ministério da Saúde é único responsável por realizar esse controle e, por isso, nesse contexto, não há argumentos que sustentem a tese que o TCU é o órgão (ou pelo menos, o único órgão) competente para realizar a fiscalização desse tipo de recurso.

### 2.3.2 Natureza da Receita Transferida

Em outro momento do relatório, a equipe técnica utiliza a seguinte ponderação:

Decisão n. 506/1997 - TCU (relatório)

4.3.7.5 Desta feita, os recursos transferidos pela União aos demais entes da Federação por intermédio do SUS não se constituem em receita própria destes, uma vez que não se trata de arrecadações de tributos estaduais/municipais nem tão pouco das transferências constitucionais instituídas nos arts. 157 a 159 da Carta Magna.

Como será demonstrado na Seção 3.1, a seguir, apesar desta transferência não estar consignada entre os arts. 157 e 160 da Constituição, é coerente concluir que esse tipo de recurso está inserido no contexto do Federalismo Fiscal, um dos pilares da República Federativa. Para que isso seja verdade, não existe a necessidade de que tal previsão esteja escrita em trecho específico da Carta Magna. A título exemplificativo, a repartição dos resultados da exploração de petróleo (art. 20 § 1º, CF) não está consignada entre os referidos artigos, mas é pacificamente considerada uma receita originária dos Estados e Municípios.

### 2.3.3 Natureza Convenial da Transferência dos Recursos

Esse argumento foi exaustivamente utilizado ao longo de todo o relatório que fundamentou a decisão do TCU e que consolidou entendimento pela titularidade daquela Corte de Contas para realizar a fiscalização dos recursos repassados na modalidade fundo a fundo a Estados e Municípios.

Entre outros aspectos, os técnicos destacaram que o art. 35, § 5º, da Lei Orgânica do SUS (Lei Federal n. 8.080/90), que dispensava a necessidade de celebração de convênios ou outros instrumentos jurídicos para descentralização desse tipo de recurso, tinha sido vetado pelo então Presidente da República.

Com isso, a equipe técnica inferiu que a transferência de valores realizada no âmbito do SUS ficara sujeita ao disposto no art. 10, § 1º, b, do Decreto-lei n. 200/67, editado ainda no contexto da Constituição Federal de 1967, que rezava que os recursos da União só seriam transferidos aos entes por meio de convênios.

Desse modo, os técnicos sustentaram que essa descentralização de recursos teria natureza convencional. Assim, faria parte do rol de possibilidades do art. 71, VI, da Constituição Federal e, por isso, seria do TCU a competência para realizar a fiscalização da sua aplicação.

De fato, o art. 35, §5º, da Lei Federal n. 8.080/90 fora vetado pelo então Presidente da República. Por isso, à época do relatório, inexistia qualquer tipo de dispositivo legal que regulamentasse a forma como essas transferências seriam realizadas.

Porém, em 2012, foi publicada a LC n. 141/2012, que passou a prever que:

Lei Complementar n. 141/2012

Art. 18. **Os recursos do Fundo Nacional de Saúde**, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios **serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos.**

Parágrafo único. **Em situações específicas, os recursos federais poderão ser transferidos aos Fundos de Saúde por meio de transferência voluntária** realizada entre a União e os demais entes da Federação, **adotados quaisquer dos meios formais previstos no inciso VI do art. 71** da Constituição Federal (Grifos nosso).

Como é possível verificar pelo fragmento anterior, não apenas houve uma reedição da previsão que tivera sido vetada na Lei Federal nº 8.080/90, como também houve uma clara separação entre os recursos transferidos na modalidade fundo a fundo daqueles ao qual o art. 71, VI, da Constituição Federal faz referência.

Desse modo, é coerente concluir que as atualizações legislativas posteriores suplantaram aquele que pode ser considerado o principal argumento do estudo que culminou com o entendimento prolatado pela Decisão 506/1997.

Nesse diapasão, é válido ainda destacar o preceito trazido pelo art. 25, § 1º, da Constituição Federal (considerado por muitos doutrinadores como uma cláusula pétrea implícita<sup>6</sup> da Carta Magna de 1988), segundo o qual são reservadas aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas pelo texto constitucional. Sendo assim, por não estar consignado no art. 71, VI, da Constituição Federal, caberia ao Sistema TCEs/TCMs a competência de acompanhar, fiscalizar e julgar a aplicação dos referidos recursos.

### 2.3.3.1 Aprofundando a Análise Acerca da Natureza do Recurso

Devido a inegável importância do tema, faz-se necessário analisar se, para além dos argumentos utilizados à época pelos técnicos do TCU, existe alguma

---

6 PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 135-148, out./dez. 2006.

margem interpretativa que possa concluir pela natureza convenial desse tipo de transferência e, por conseguinte, pela sua adequação ao preceito trazido no Art. 71, VI, da Constituição Federal.

Para realizar essa análise, serão utilizados os princípios da hermenêutica constitucional, conjugando-se os critérios da *interpretação literal/gramatical* (fundado na observação do sentido das palavras, ou seja, na semântica dos dispositivos constitucionais) e da *interpretação teleológica* (que, por meio de silogismos e operações de análise e síntese, procura aclarar a essência social e os mandamentos fins do texto normativo).

Do ponto de vista *literal/gramatical*, mostra-se elucidante analisar a natureza do convênio sob duas perspectivas: a etimológica e a doutrinária.

Na perspectiva etimológica, segundo a Oxford Languages (braço da milenar universidade de Oxford, no Reino Unido), a palavra “convênio” deriva do latim *conveniŭm*, o que, em termos jurídicos, quer dizer “acordo entre duas ou mais pessoas”.

Já no panorama doutrinário, destacam-se as definições dos renomados administrativistas: Hely Lopes Meirelles<sup>7</sup> e Marçal Justen Filho<sup>8</sup>, que conceituam o convênio administrativo como sendo:

Hely Lopes Meirelles

**Acordos** firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e particulares, para realização de objetivos de **interesse comum dos partícipes**. (g.n.)

Marçal Justen Filho

**Acordo de vontades**, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e recursos, visando disciplinar a **atuação harmônica** e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas. (Grifos nosso).

Ao associar as definições trazidas pelas três perspectivas supramencionadas, chega-se à conclusão que a existência de um convênio pressupõe a presença de dois pré-requisitos basilares: o mútuo interesse (interesse comum) e a livre manifestação de vontades (acordo).

Em relação ao primeiro pré-requisito, é indubitável que ele se faz presente no caso em questão. Afinal, assim como preceitua o art. 23 da Carta Magna, a saúde, a assistência social e a educação são competências materialmente comuns entre União, Estados, DF e Municípios.

Porém, é preciso analisar se, no caso em questão, há a presença do segundo dos pré-requisitos supramencionados: a *livre manifestação de vontade das partes*. Para esse objetivo, faz-se necessário exercer a *interpretação teleológica* de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

7 MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 392.

8 JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 908.



Para iniciar a análise, cumpre destacar os seguintes fragmentos do texto constitucional:

Constituição Federal

Art. 77 (ADCT)

§ 2º **Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios**, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º **Os recursos** dos Estados, do DF e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os **transferidos pela União** para a mesma finalidade **serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde**, sem prejuízo do disposto no art. 74 da CF. (Grifos nosso).

Art. 195 § 10. **A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios**, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Grifos nosso).

Art. 198 § 3º **Lei Complementar**, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, **estabelecerá: [...]**

II – **os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios**, objetivando a redução das disparidades regionais. (Grifos nosso).

Por meio do exame dos diversos dispositivos supramencionados, depreende-se que a União não possui qualquer margem de escolha quando se trata da descentralização dos recursos mínimos de saúde para os Estados e Municípios. Por isso, o Governo Federal não pode sequer cogitar a negativa de sua realização, uma vez que tal evento poderia representar grave rompimento da ordem constitucional e do pacto federativo estabelecido pela Carta de 1988. Em outras palavras, por meio dos fragmentos anteriores, é possível depreender que tais transferências são constitucionalmente asseguradas, cabendo à legislação infraconstitucional sua mera regulamentação.

Nesse diapasão, mostra-se relevante destacar os seguintes dispositivos extraídos da legislação infraconstitucional a respeito do tema:

Lei Complementar 141/2012 - **Regulamenta o § 3º do art. 198 da CF**

Art. 17. **O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará** as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, **o disposto no art. 35 da Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal. (Grifos nosso).

Art. 18. **Os recursos do Fundo Nacional de Saúde [...]** a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios **serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos**. (Grifos nosso).

Art. 22. É vedada a exigência de restrição à entrega dos recursos referidos no inciso II do § 3º do art. 198 da Constituição Federal **na modalidade regular e automática prevista nesta Lei Complementar, os quais são considerados transferência obrigatória** destinada ao custeio de ações e serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, sobre a qual não se aplicam as vedações do inciso X do art. 167 da CF e do art. 25 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. (Grifos nosso).

Lei Federal 8.080/90

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - **perfil demográfico** da região;

II - **perfil epidemiológico da população** a ser coberta;

III - **características quantitativas e qualitativas da rede de saúde** na área; (Grifos nosso).

Por meio dos fragmentos, é possível concluir que a transferência dos referidos recursos, além de constitucional e legalmente obrigatória, não permite que a União possa sequer definir o quanto irá repassar a cada Estado ou Município. Isso porque, tais valores são calculados de acordo com um conjunto de critérios objetivos, que variam de acordo com as características endógenas a cada população ou localidade atendida.

Destaca-se, por oportuno, que essa conjuntura é bastante similar ao que acontece com o repasse realizado por meio do FPE e FPM. Uma vez que, em ambos os casos, os valores são repassados a cada ente federado de acordo com critérios objetivos, endógenos à região beneficiada e regulamentados via Lei Complementar, tais como: tamanho da população local e a magnitude da renda per capita.

Nesse contexto, é válido ainda salientar que as leis são expressões da vontade popular positivadas no ordenamento jurídico pátrio por meio dos seus representantes: Deputados (representantes do povo) e Senadores (representantes dos Estados). Uma vez positivada, essa vontade popular vincula a União, que não pode, por livre manifestação de vontade, alterar os critérios já pactuados nos textos normativos.

Por todo o exposto, parece evidente concluir, já em sede de análise final, que esse tipo de descentralização de recursos não condensa os pré-requisitos mínimos de uma transferência convenial, já que não está sujeito à livre manifestação de vontade dos atores envolvidos.

Por oportuno, é imperioso destacar que não se pode, deliberadamente, interpretar de forma extensiva os dispositivos constitucionais, em especial, aqueles que tratam de assuntos de sensível importância para o equilíbrio institucional estabelecido pelo pacto federativo nacional. Se a perspectiva literal e teleológica da hermenêutica constitucional converge para um resultado harmônico e conclusivo, não há que se fazer interpretação extensiva do texto constitucional, sob pena de contrariar a vontade precípua do legislador originário e tornar os entes federados novamente meros departamentos da União.

### 3 COMPETÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO: ARGUMENTOS À FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELO SISTEMA TCEs/TCMs

Na seção anterior, foram expostas fragilidades dos argumentos que fundamentam interpretação majoritária acerca da matéria. Ao longo do presente tópico, serão destacados os aspectos que indicam a conformidade e coerência do entendimento contramajoritário, isto é, aquele que preconiza a competência do Sistema TCEs/TCMs para realizar o acompanhamento, fiscalização e julgamento da aplicação dos recursos que são repassados na modalidade fundo a fundo aos Estados e Municípios.

Os argumentos aqui elencados se somam àqueles já apresentados ao longo da seção precedente, formando a base para o objetivo central do presente artigo: fomentar a construção de uma nova visão a respeito do tema.

#### 3.1 NATUREZA FEDERATIVA DA TRANSFERÊNCIA

Como já demonstrado no tópico 2.3.3.1, não existe qualquer grau de liberalidade da União quando se trata da descentralização de recursos para atender aos preceitos estabelecidos em dispositivos constitucionais. Por essa razão, como restou evidenciado, não há que se falar em natureza convencional para esse tipo de transferência, o que afasta definitivamente a aplicação do art. 71, VI, da Constituição Federal. Essa constatação, porém, abre caminho para um novo questionamento: qual seria então a real natureza dessa descentralização de recursos?

Para responder a essa importante pergunta, mostra-se imprescindível respeitar a orientação histórico-sistemática de cunho descentralizador da Carta de 1988, que buscou a construção de um federalismo fiscal-cooperativo em oposição às históricas dinâmicas centralizadoras e centrípetas que marcaram a formação do Estado brasileiro.

Imperioso recordar que durante o regime militar praticamente toda a arrecadação tributária ficava concentrada nas mãos do governo central, que a redistribuía por meio de convênios bilaterais, em um modelo que era um verdadeiro corolário da submissão de governadores e prefeitos às políticas comandadas pelo governo central.

Foi com o objetivo de romper com essa subordinação e atender ao consenso de que a descentralização seria uma ação necessária para consolidar a democracia, que o constituinte originário inseriu no texto constitucional diversos mandamentos a serem obedecidos pelo governo central na repartição de recursos e de competências com os demais entes federados.

Para dotar os Estados e Municípios dos meios necessários para suportar as competências que lhes foram atribuídas, o constituinte inseriu na Carta Magna uma série de dispositivos tratando da repartição federativa de receitas, conforme pode ser observado entre os arts. 157 e 159 da Constituição Federal.

Ao longo dos anos, porém, o constituinte derivado, sensível à crescente demanda dos serviços públicos prestados por Estados e Municípios e atento ao aumento de arrecadação promovido pela União por meio da instituição de novas contribuições sociais (por sinal, criadas por legislação infraconstitucional após a Carta de 1988, portanto após a atuação do constituinte originário), consignou outros tipos de descentralizações obrigatórias de recursos ao longo do texto constitucional, sendo algumas delas voltadas para o financiamento das ações e serviços de saúde (EC n. 29/2000), financiamento das ações para manutenção e desenvolvimento do ensino básico (EC n. 108/2020) e a repartição do resultado da exploração de petróleo ou gás natural (EC n. 102/2019).

Por oportuno, é de fundamental importância destacar que todas essas descentralizações (sejam as promovidas pelo constituinte originário, sejam as consignadas pelo constituinte derivado) possuem igual envergadura constitucional, não contendo qualquer distinção hierárquica entre si, sendo, portanto, irrelevante considerar a sua posição relativa no texto constitucional. Prova disso, é que as próprias limitações ao poder de tributar (art. 150, I, II e III, a, b e c, IV, V e VI, a–d, art. 151, CF) não estão diretamente endereçadas no art. 60, § 4º, porém, mesmo assim, não deixam de ser consideradas cláusulas pétreas da Carta Magna.

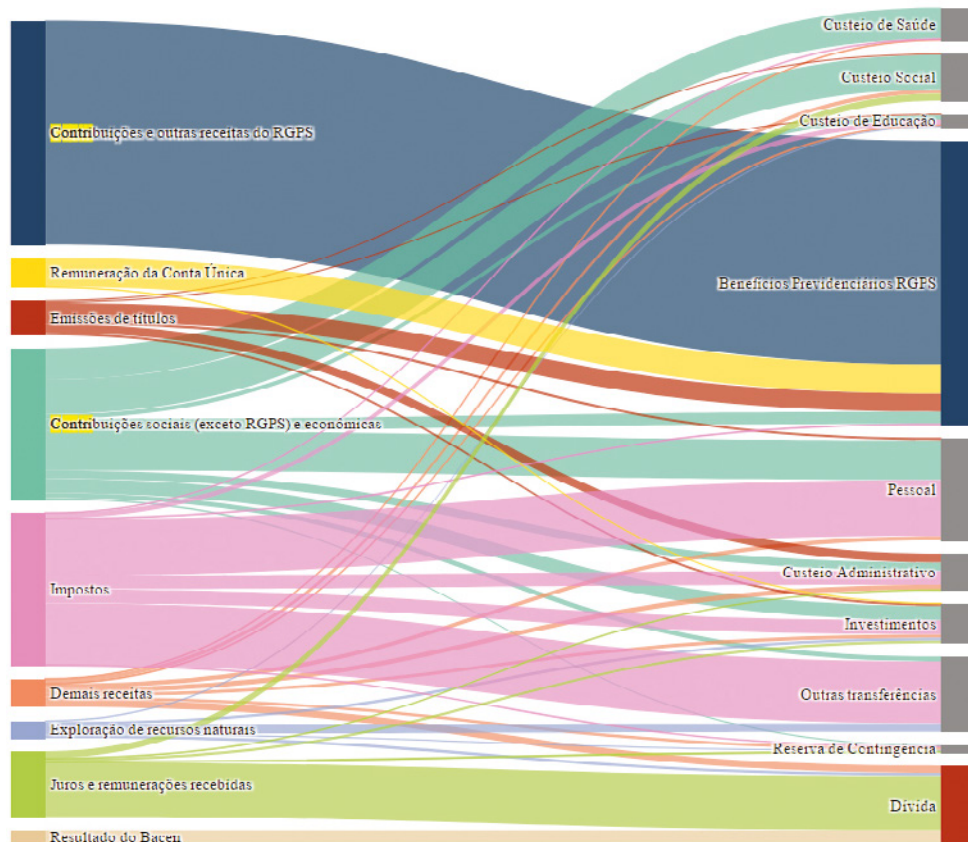
Essas descentralizações, consignadas ao longo do texto constitucional, são mecanismos indispensáveis à autonomia político-administrativa dos entes federados, dotando Estados e Municípios dos meios financeiros necessários à consecução das necessidades públicas que estão sob a sua competência constitucional e, em última análise, se consubstanciando em uma peça de sustentação fundamental do pacto federativo instituído pela Carta de 1988.

O eixo financeiro da autonomia dos entes federados é, sem dúvida, um aspecto de singular relevância. Afinal, sem recursos para exercer a sua autonomia política, de modo a desempenhar as suas competências constitucionais, toda e qualquer delegação de poder aos Estados-membros seria inócua, porquanto estes dependeriam permanentemente da liberalidade do poder central para o atingimento de suas finalidades.

Como fica evidenciado, a descentralização de recursos com o objetivo de atender à demanda de saúde, educação e assistência social nos Estados e Municípios brasileiros vai muito além de uma mera obrigação legal do Governo Federal, sendo, na verdade, uma relevante representação material do Federalismo Fiscal e do Pacto Federativo instituídos pela Carta Magna de 1988 e, em muito, se equipara ao conjunto de descentralizações consignadas entre os arts. 157 e 159 da Constituição Federal, que já são pacificamente consideradas receitas próprias dos Estados e Municípios.

Para finalizar a análise deste tópico e deslindar de vez a questão, mostra-se fundamental analisar o quadro demonstrativo do fluxo de receitas e despesas do Governo Federal (exceto operações da dívida), disponibilizado portal da transparência da STN:

**Figura 6 - Fluxo de receitas e despesas do Governo Federal**



Fonte: Tesouro Transparente - Fluxo de Receitas e Despesas do Governo Federal.

A figura 6 mostra a relação existente entre a fonte e a destinação dos recursos no orçamento do Governo Federal, indicando a dinâmica do fluxo de receitas e despesas no caixa da União. Como pode ser observado, os gastos (onde estão incluídas as transferências realizadas aos outros entes) relacionados ao custeio das ações de saúde, educação e assistência social são preponderantemente financiados por meio do recolhimento de contribuições sociais, que, conforme determinação constitucional, só podem ser instituídos pela União.

Por oportuno, convém ainda destacar as disposições trazidas pelo art. 32 da Lei 9.656/98, que regulamenta o mecanismo de ressarcimento a ser efetuado pelas operadoras privadas de planos de saúde quando algum dos seus clientes for atendido em um estabelecimento público. Segundo o dispositivo, as operadoras deverão realizar o procedimento em favor do Fundo Nacional de Saúde (FNS), independentemente de onde o serviço tiver sido efetivamente prestado. Em outras palavras, mesmo que o atendimento tenha ocorrido nas dependências de um hospital

municipal (com infraestrutura, pessoal e recursos próprios), o ressarcimento deverá ser efetuado em favor do FNS, fato que ilustra o caráter inseparável dos recursos ali depositados.

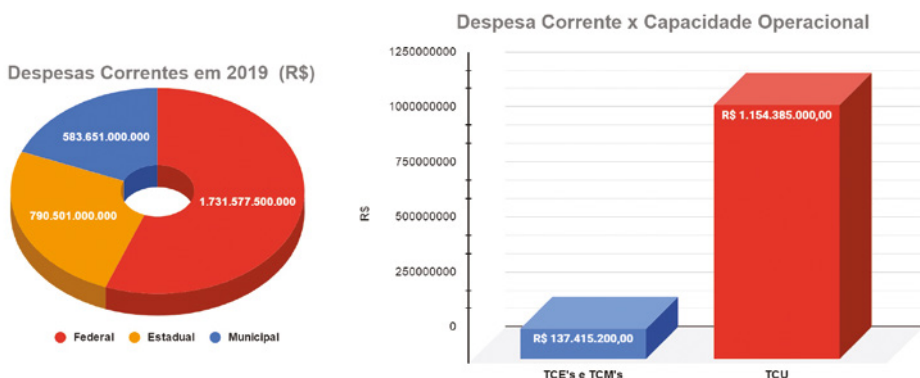
Desta forma, fica mais uma vez comprovado que essa descentralização de recursos não pode ter mera natureza convenial, nem ao menos legal, mas sim uma natureza federativa e constitucional, que sustenta os princípios basilares do pacto federativo nacional, instituído pelo constituinte originário e considerado cláusula pétrea da Carta Magna de 1988, afastando por completo qualquer margem de interpretação que incluía esse tipo de transferência nas possibilidades elencadas no Art. 71, VI, da Constituição Federal.

### 3.2 APROVEITAMENTO EFICIENTE DA CAPACIDADE OPERACIONAL DO SISTEMA DE CONTROLE EXTERNO

Para além da real natureza da transferência de recursos, mostra-se ainda oportuno analisar a matéria pela perspectiva da capacidade operacional de cada um dos atores que compõem o sistema de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas nacionais.

Para fazer isso de maneira clara e objetiva, foram levantadas as informações referentes às despesas correntes (exceto pagamento dos juros e encargos da dívida) da União e dos entes subnacionais (Estados, DF e Municípios) ao longo do ano de 2019. Posteriormente, foi realizada uma comparação com a capacidade operacional dos integrantes do sistema. O resultado desse estudo pode ser visualizado na figura a seguir:

**Figura 7 - Comparativo entre Despesa Fiscalizada e Capacidade Operacional do Sistema de Controle**



Fonte: Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais. Portal da Transparência do Governo Federal. Portal da Transparência do TCU - Elaborado pelo autor.

É evidente o desequilíbrio existente entre a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União e pelo Sistema TCEs/TCMs. Enquanto o montante *per capita* fiscalizado de um auditor do TCU é de aproximadamente R\$ 1.154.385.000,00 ao ano,

a média *per capita* anual no Sistema TCEs/TCMs é de apenas R\$ 137.415.200,00, uma assimetria que atinge uma disparidade de aproximadamente 850% de diferença.

Esse desequilíbrio contrasta com a vantagem fiscalizatória propiciada pela dispersão geográfica e capilaridade territorial detida pelos TCEs e TCMs, em oposição à forte concentração do TCU. Muito mais do que mostrar a superficial necessidade de desconcentração do TCU ou de contratação de mais servidores no âmbito da Corte de Contas Federal (movimentos que poderiam ser incoerentes com o atual cenário de ajuste fiscal), esses fatos evidenciam o potencial de contribuição do Sistema TCEs/TCMs para um controle eficiente e eficaz dos recursos públicos.

É imperioso destacar que a proximidade e o receio da fiscalização presente são importantes eixos dissuasivos da malversação dos recursos públicos. Mostra-se oportuno ainda destacar a vigorosa profissionalização dos Tribunais de Contas subnacionais nas últimas décadas, processo que possibilitou a formação de um corpo de servidores de indiscutível capacidade técnica e detentor de um vasto conhecimento do modo de atuação dos gestores na sua região, características que podem ser de grande valia para um controle rápido, concomitante, eficaz e que atenda aos anseios da população local.

Toda essa conjuntura revela o potencial técnico-operacional reprimido no sistema TCEs/TCMs e mostram a necessidade de se promover um reequilíbrio de competências em prol da eficiência e da qualidade do controle externo exercido no âmbito dos Tribunais de Contas nacionais, em especial, em relação aos recursos que possuem natureza constitucional e são executados nos Estados e Municípios do país, muitas vezes em regiões afastadas dos olhos do controle exercido na Capital Federal.

### **3.3 EFICIÊNCIA E RACIONALIZAÇÃO NA GESTÃO E CONTROLE DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A grande dependência tributária de Estados e Municípios induz que boa parte das políticas públicas locais nas áreas de saúde, educação e assistência social precisem ser parcialmente financiadas com recursos provenientes de descentralizações advindas do governo federal, em especial, daquelas realizadas na modalidade fundo a fundo.

Com efeito, grande parte das despesas realizadas pelos entes federados acaba sendo paga, ao menos parcialmente, com recursos que possuem natureza federal (pelo menos, de acordo com o entendimento majoritário atual). Esse cenário controverso gera uma série de consequências lesivas à gestão, controle e, em última análise, à economicidade dos contratos.

Na perspectiva do controle, destaca-se a inconveniente (e onerosa) necessidade de realização de uma dupla prestação de contas. Isto é, caso uma aquisição seja financiada com recursos híbridos, o órgão executor precisará prestar contas,

simultaneamente, aos órgãos de controle locais (como: TCE/TCM e MPE) e federais (como: TCU e MPF). Esse fato não apenas eleva o custo dos controles (seja na perspectiva do controle interno ou externo), mas também aumenta a complexidade dos procedimentos de liquidação da despesa, dificultando as fiscalizações e reduzindo a efetividade da atuação dos órgãos de controle externo.

No horizonte administrativo, essa sobreposição de controles tende a representar um verdadeiro óbice para a administração eficiente dos contratos. Isso porque, a natureza dual do financiamento faz com que as contratações precisem obedecer, simultaneamente, às determinações (muitas vezes, conflitantes entre si) dos diversos órgãos de controle locais e federais, provocando significativas dificuldades para a execução contratual.

Por último, toda essa conjuntura também provoca a diminuição do interesse privado nas contratações públicas e a consequente falta de competitividade das licitações, o que, por conseguinte, pode resultar no aumento no valor final dos contratos.

Por todo o exposto, é possível constatar que, nesses casos, a fiscalização, se integralmente realizada pelo Sistema TCEs/TCMs, vai não apenas ampliar a eficiência e efetividade do controle externo, mas, em derradeira análise, também pode contribuir para elevar a economicidade das contratações realizadas pela Administração Pública.

### **3.4 MAIOR EFETIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES PROLATADAS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Como mencionado no tópico anterior, parte considerável das despesas realizadas por Estados e Municípios é financiada com recursos híbridos, isto é, pela associação de receitas provenientes do tesouro estadual/municipal e das descentralizações financeiras realizadas pelo governo federal, sobretudo, daquelas processadas na modalidade fundo a fundo.

O entendimento majoritário atual postula que, nesse contexto, há uma competência instrutória e judicante concorrente entre o TCU e o TCE/TCM. É imperioso salientar que essa situação de jurisdição compartilhada pode levar a graves consequências para a efetividade e para a segurança jurídica das decisões prolatadas pelos órgãos de controle externo.

Primeiramente, é forçoso destacar que, nesses casos, as Cortes de Contas envolvidas não podem exercer a competência judicante plena, isto é, sobre a contratação como um todo, sob o argumento de não poderem realizar a tomada de contas de um despesa executada com recursos provenientes de outro ente da federação. Essa situação inusitada pode resultar em prejuízos irreversíveis para o erário do ente fiscalizado, uma vez que, a responsabilização de qualquer irregularidade identificada na fiscalização estará condicionada pela suposta fonte de recursos que deu causa àquela despesa.



Vale destacar que, na prática, o compartilhamento de processos e de auditorias entre os Tribunais de Contas não é um procedimento simples. Mesmo que toda a investigação já tenha sido feita pelo Tribunal de Contas de origem, ela naturalmente precisará ser reexaminada pelo corpo técnico e reavaliada pelos julgadores da Corte de Contas de destino, procedimento que acarretará grave ineficiência e ineficácia para processo de controle externo.

Além disso, ainda que os tribunais trabalhem em perfeita coordenação, existe o risco de uma mesma conduta ensejar interpretações divergentes (mesmo que não conflitantes) nos órgãos julgadores das respectivas cortes de contas. Esse fato pode, por sua vez, fazer com que acórdãos sejam reciprocamente questionados no Poder Judiciário, situação que eleva a insegurança jurídica das decisões prolatadas no âmbito dos Tribunais de Contas e ocasiona o enfraquecimento do sistema de controle externo e a perpetuação de danos, possivelmente irreversíveis, ao erário municipal/estadual.

#### 4 CONSIDERAÇÕES

Como foi demonstrado ao longo do presente artigo, é inequívoca a natureza federativa dos recursos repassados na modalidade fundo a fundo pela União aos Estados e Municípios, com vistas ao atendimento das necessidades de saúde, educação e assistência social das respectivas populações locais.

Ficou comprovado que essas descentralizações são mecanismos indispensáveis à autonomia político-administrativa dos entes federados, sendo, portanto, consideradas verdadeiras representações materiais do Federalismo Fiscal e do Pacto Federativo instituídos pela Carta Magna de 1988 e, em muito, se equiparando ao conjunto de descentralizações consignadas entre os arts. 157 e 159 da Constituição Federal, que já são pacificamente consideradas receitas próprias dos Estados e Municípios.

Por esses motivos, não há que se falar em natureza convenial para esse tipo de transferência, fato que torna profundamente incoerente enquadrar esse tipo de descentralização no rol de possibilidades do art. 71, VI, da CF e, portanto, afasta a titularidade (ao menos, a titularidade exclusiva) do Tribunal de Contas da União para realizar a fiscalização da aplicação desses valores.

Por oportuno, é imperioso destacar que não se pode, deliberadamente, interpretar de forma extensiva os dispositivos constitucionais, em especial, aqueles que tratam de assuntos de sensível importância para o equilíbrio institucional estabelecido pelo pacto federativo nacional. Se a perspectiva literal e teleológica da hermenêutica constitucional converge para um resultado harmônico e conclusivo, não há que se fazer interpretação extensiva do texto constitucional, sob pena de contrariar a vontade precípua do legislador originário e tornar os entes federados novamente meros departamentos da União.

É imprescindível, portanto, respeitar a orientação histórico-sistemática de cunho descentralizador da Carta de 1988, que buscou a construção de um federalismo fiscal-cooperativo em oposição às históricas dinâmicas centralizadoras e centrípetas que marcaram a formação do Estado brasileiro.

Conforme bem pontuado por Magalhães (2008), em um país de dimensões continentais como o Brasil, com uma diversidade de desigualdades e peculiaridades regionais, descentralizar não é apenas uma diretriz razoável na elaboração, execução e controle das políticas públicas, mas é, simplesmente, o único caminho factível de atendimento das diversas demandas sociais. Nesse diapasão, somente a proximidade com o beneficiário direto pode permitir uma eficiente fiscalização na aplicação dos tributos acumulados por toda a população.

Como ficou consignado, quando se fala da fiscalização de recursos descentralizados na modalidade fundo a fundo, o reequilíbrio das competências instrutórias e judicantes exercidas pelos Tribunais de Contas nacionais não é apenas o único caminho juridicamente viável, mas também o único operacionalmente eficiente, seja do ponto de vista do controle, seja do ponto de vista da gestão e economicidade das contratações realizadas pela Administração Pública.

Toda essa conjuntura revela o potencial reprimido das cortes de contas subnacionais e mostram a necessidade de se promover uma readequação de competências em prol da eficiência e da qualidade do controle externo, sobretudo em relação aos recursos que possuem natureza constitucional e são executados nos Estados e Municípios do país, muitas vezes em regiões afastadas dos olhos do controle exercido na Capital Federal.

Nesse sentido, não se pretende que o TCU se omita por completo da fiscalização desses recursos, apenas que, em consonância com o princípio da subsidiariedade, assuma um papel que não pode ser exercido por nenhuma das outras instâncias de controle, centrando sua atuação nos órgãos e entidades da União, avaliando a coordenação das políticas públicas nacionais e assegurando que nenhum estado/município seja indevidamente beneficiado em detrimento dos demais. Enquanto isso, TCEs/TCMs concentrariam esforços no controle das políticas públicas regionais, fiscalizando a execução de contratos e garantindo que os recursos descentralizados sejam adequadamente revertidos em prol das populações locais.

Essa configuração traria não apenas mais harmonia e coordenação ao sistema de controle externo, como garantiria maior eficiência, efetividade e eficácia ao controle atualmente exercido no âmbito dos Tribunais de Contas nacionais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da Transparência do Governo Federal**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional (STN). **Boletim de Finanças dos Entes Subnacionais - Ano 2020**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/boletim-de-financas-dos-entes-subnacionais/2020/114>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Revista de Súmulas**. Brasília, v. 15, p. 231 (Súmula n. 208), dez/ 2010. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15.pdf). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula n. 209** - 3. Turma. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010\\_15\\_capSumula209.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula209.pdf). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão n. 3.990/2016** - Primeira Câmara. Relator: Min. Bruno Dantas. Tomada de Contas Especial. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=548434>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Decisão n. 506/1997**- Plenário. Relator: Min. Iram Saraiva. Tomada de Contas Especial. Disponível em: [http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/19980108/GERADO\\_TC-19744.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Dec/19980108/GERADO_TC-19744.pdf). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Fundo Nacional de Saúde (FNS). **Consulta Consolidada Fundo a Fundo**, Ano 2017. Disponível em: <https://consultafns.saude.gov.br/#/consolidada>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Fluxo de receitas e despesas do Governo Federal**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/historias/fluxo-de-receitas-e-despesas>. Acesso em: 10 out. 2020.

CURVINA, A. C. C. A Regionalização da Saúde no Federalismo Brasileiro. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**. Brasília, v. 6, n. 2, 2018.

DOMINGUES, J. M. Federalismo Fiscal Brasileiro. **II Congresso Internacional de Direito Tributário da Cidade do Rio de Janeiro**. 9 a 11 de maio de 2007.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MAGALHÃES, F. A. D. **Federalismo e o Controle pelo TCU das Transferências Fundo a Fundo**: o caso do Sistema Único de Saúde. Brasília, 2008. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/federalismo-e-o-controle-pelo-tcu-das-transferencias-fundo-a-fundo-o-caso-do-sistema-unico-de-saude.htm>. Acesso em: 5 out. 2020.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, 30. ed., São Paulo. 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a Teoria das Cláusulas Pétreas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 135-148. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496904>. Acesso em: 14 set. 2020.

PIOLA, S. F.; BENEVIDES, R. P. S.; VIEIRA, F. S. **Consolidação do Gasto com Ações e Serviços Públicos de Saúde**: trajetória e percalços no período de 2003 a 2017. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), Rio de Janeiro, Texto para Discussão: 2439, dez/2018, p. 13-22. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8934>. Acesso em: 16 set. 2020.

RABELLO, G.G; OLIVEIRA, J. M. **Tributação Sobre Empresas no Brasil**: comparação Internacional. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, v. 41, out/2015, p. 33-43. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5254>. Acesso em: 16 out. 2020.

TANNO, C. R. Novo mecanismo redistributivo: resultados esperados, avaliação e proposta de regulamentação. **Estudo Técnico n. 22/2020**, Brasília, jul/2020, p. 5. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2020/ETn22\\_2020PEC15\\_2015FUNDEBAprovado\\_Cmara.pdf](https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2020/ETn22_2020PEC15_2015FUNDEBAprovado_Cmara.pdf). Acesso em: 25 out. 2020.

VIANA, I. **Fundamentos do Processo de Controle Externo**. Brasília. 2019.