



FORMAS DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE ORÇAMENTÁRIO E A INTERFERÊNCIA JUDICIAL VIA PROVOCAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Eduardo Borges Milhomem¹

RESUMO: O trabalho aborda o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público no controle orçamentário brasileiro, identificando-se as hipóteses em que se admite a interferência judicial nas finanças estatais, no bojo de ação civil pública. Além disso, a pesquisa faz um paralelo entre o mencionado controle judicial e as demais formas de controle financeiro tradicionalmente estudadas no Brasil (controles administrativos: interno e externo), buscando identificar as funções de cada uma no mosaico jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Financeiro. Ministério Público. Ornamentor.

MONITORING METHODS AND BUDGET CONTROL AND JUDICIAL INTERVENTION TRIGGERED BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

ABSTRACT: This paper addresses the role of the Judiciary branch and the Public Prosecutor's Office in controlling the Brazilian Budget, outlining scenarios in which Justice may interfere with state finances, within the scope of a civil suit. Furthermore, the research draws a parallel between the previously mentioned judicial control and other forms of financial control that are traditionally studied in Brazil (administrative controls, both internal and external), seeking to identify the roles of each of them in the national judicial mosaic.

KEY-WORDS: Financial Control, Public Prosecutor's Office. Budget.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa as diversas formas de controle da atividade financeira do Estado e faz um paralelo entre o controle político-administrativo exercido no sistema interno/externo e

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília-UCB e Especialista em Direito Público pela Uniderp. Possui experiência na área Jurídica, tendo ocupado os cargos efetivos de Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso e do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Atualmente é Analista do Ministério Público da União, lotado no Ministério Público Federal, bem como Professor do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia - Facisa. E-mail: eduardomilhomem@hotmail.com



o controle exercido pelo Poder Judiciário. Além disso, o estudo objetiva compreender, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de julgados, a posição em que se insere a atuação do Ministério Público nessas formas de controle, bem como analisar os casos em que é possível a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, como forma de provocação do controle judicial das finanças públicas.

Tal pesquisa mostra-se relevante pelo fato de que, embora a doutrina admita a interferência judicial na atividade financeira do Estado, poucos estudos tratam dessa atuação, bem como da inserção do Ministério Público nesse controle, havendo carência também quanto à abordagem conjunta de tais intervenções com as demais formas de controle orçamentário.

Para desenvolver tais pontos, o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira delas, denominada Fiscalização e Controle das Contas Públicas, verificar-se-á a importância do orçamento como instrumento de planejamento da Administração Pública, bem como a necessidade de seu controle e fiscalização pelos órgãos competentes. A referida seção será dividida em três subseções, as quais tratarão do controle interno, controle externo e da participação social no controle financeiro.

Na segunda seção, será estudado o controle judicial, ocasião em que se abordarão as diferenças entre tal controle e as demais formas tratadas na seção anterior, compreendendo suas limitações e o alcance de sua atuação na seara da execução orçamentária.

A terceira seção buscará estabelecer a relação existente entre as funções institucionais constitucionalmente incumbidas ao Ministério Público e a atividade de Fiscalização Orçamentária. Além disso, serão identificadas hipóteses nas quais é possível a propositura de ação civil pública sobre questões financeiras e orçamentárias, apontando-se duas situações em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal possibilidade. A primeira refere-se à aplicação de percentual mínimo na área de educação. Já a segunda refere-se à anulação de incentivos fiscais irregulares e lesivos ao patrimônio público.

Este estudo não pretende criar uma nova classificação dos tipos de controle existentes, muito menos propor uma nova forma de fiscalização e atuação dos mecanismos estudados. Na verdade, o artigo traz apenas uma abordagem na qual os controles interno e externo da Administração Pública são estudados de forma conjunta com o controle judicial e com a atuação do Ministério Público, de modo a compreender o papel de cada um no sistema jurídico brasileiro.



1. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DAS CONTAS PÚBLICAS

O orçamento público pode ser definido como “[...] a lei que contém previsão de receitas e despesas, e programa a vida econômica e financeira do Estado, por um certo período” (IVO, 2001, p. 168). Diferentemente do que possa parecer, o orçamento não constitui peça meramente contábil², mas, sim, instrumento indispensável de organização das atividades desempenhadas pelos entes federativos. Assim, pensar em Administração Pública, políticas públicas, efetivação de direitos sociais, é, de certa forma, pensar em orçamento, tendo em vista que as concretizações das políticas estatais dependem não apenas de uma lei regulando sua implementação, mas também de previsões orçamentárias que as viabilizem (LEITE, 2011, p. 20).

No Brasil, a importância do orçamento como peça vital de um Estado encontra-se consubstanciada na Constituição de 1988, a qual previu tratamento especial à elaboração das leis orçamentárias – Plano Plurianual-PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias-LDO, Lei Orçamentária Anual-LOA –, conforme se observa pelo artigo 166 da Constituição Federal-CF e seus parágrafos.

Ocorre que, para o eficiente controle do gasto público, não basta um processo adequado de elaboração das leis orçamentárias, devendo haver também a sua correta execução. Assim, não há como dissociar o controle financeiro-orçamentário do controle geral exercido sobre a Administração Pública, que é definido por Di Pietro (2006, p. 694) como o poder de fiscalização e correção que sobre a Administração exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, visando garantir a conformidade da atuação administrativa com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Todavia, apesar dessa inserção nos mecanismos de controle da Administração Pública, como um todo, a fiscalização e o controle da atividade financeira do Estado possuem peculiaridades próprias, cujos principais contornos estão estabelecidos pelo artigo 70 da CF.

² Na verdade, o orçamento possui quatro aspectos essenciais: 1) técnico: referente às classificações e metodologias contábeis, a fim de dar maior exatidão ao orçamento; 2) econômico: no qual o orçamento é utilizado como mecanismo para modificar comportamentos alterando a conjuntura econômica; 3) político: na medida em que o orçamento reflete o plano de ação de um governo, decorrendo portanto de uma decisão política; 4) jurídico: o orçamento é representado por um diploma legal e produz efeitos jurídicos. (PETTER, 2010, p. 41).



Tal dispositivo constitucional define quais são as formas de fiscalização exercidas (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial)³, quais os objetos dessas fiscalizações (legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receita), bem como quais são as pessoas sujeitas à prestação de contas⁴ (qualquer pessoa que lidar com o dinheiro ou bem público) e ao controle (administração direta e indireta).

Além disso, o referido dispositivo estabelece que tal fiscalização será “[...] exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Assim, observa-se que o constituinte classificou o controle financeiro⁵ em externo (exercido pelo Congresso Nacional) e interno (sistema de controle de cada Poder). Conti e Carvalho (2011, p. 202) observam que tal divisão leva em consideração o ente controlador e sua posição em relação àquele que é controlado, sendo tal classificação consagrada na doutrina e aplicada na organização do sistema de fiscalização da maioria dos Estados.

No entanto, é equivocado afirmar que a fiscalização e o controle exercidos sobre a atividade financeira estatal se limitam ao controle interno (no âmbito do próprio Poder) e ao controle externo realizado pelo Poder Legislativo. Isso porque não se pode negar o importante papel da participação popular no controle da administração, denominado pela doutrina como controle social, particular ou popular.

Além disso, tem-se o controle judicial, o qual é ponto central deste artigo e também não pode ser ignorado, mesmo porque os próprios controles internos e externos podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Aliás, conforme assinala Torres (2010, p. 199), no constitucionalismo atual, o controle financeiro é sistêmico, pois “[...] dele participam, integradamente e em harmonia, o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas, o Executivo e o

³ Torres (2010, p. 199) aponta que essas “[...] modalidades de fiscalização se integram e se implicam mutuamente. A intenção da CF foi, mediante enumeração algum tanto pleonástica, não deixar sem controle qualquer tipo de atividade financeira do Estado”.

⁴ Neste ponto, cabe registrar, que conforme art. 34, VII, alínea “d”, da CF, a União poderá intervir nos Estados e DF para assegurar a “prestação de contas da administração pública, direta e indireta”.

⁵ Cabe registrar que as definições de fiscalização e controle, apesar de apresentarem pequenas peculiaridades, são tratadas pela doutrina como conceitos que se confundem. Nesse sentido, Torres⁵ assevera que a “[...] fiscalização financeira se faz por meio do controle, de modo que os dois conceitos se tornam amplamente coincidentes e imprecisos. A mesma coisa acontece no alemão (*Kontrolle* e *Revision*), no francês (*Contrôle* e *Vérification*) e no inglês (*Control* e *Supervision*)” (TORRES, 2010, p. 199)



Judiciário, cada qual nos limites previamente traçados”.

Na mesma perspectiva, merece destaque neste estudo a possibilidade de atuação do Ministério Público nessa seara, cujas atribuições constitucionais conferem relevante papel no controle da atividade financeira, com enfoque especial na implementação de direitos fundamentais e na proteção do Patrimônio Público.

1.1. Controle Interno

O controle interno é aquele exercido no âmbito de cada Poder, ou seja, é um controle realizado pela própria Administração. Segundo exigência do artigo 74 da Constituição de 1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão manter, de forma integrada, controle interno, com a finalidade, em síntese, de avaliar o cumprimento das metas previstas nas leis orçamentárias, bem como comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária e da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. Além disso, têm a atribuição de exercer controle sobre as operações de crédito e direitos e haveres da União.

É importante destacar que o controle interno também tem a função de apoiar o exercício do controle externo, tanto é que, nos termos §1º do artigo 74, os “[...] responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

Para boa parte da doutrina⁶, essa possibilidade de autocontrole e autofiscalização realizada no âmbito interno do Executivo, Legislativo e Judiciário (controle interno), decorre do poder hierárquico existente em cada estrutura administrativa, de modo que “[...] a autoridade superior possa corrigir o rumo destoante dado por um dos seus subalternos, até mesmo revendo atos quando necessário, sobretudo no que se refere à aplicação do dinheiro público” (AQUINO FILHO, 2013. p. 218). Como exemplo, destacam-se as súmulas n. 346 e

⁶ Nesse sentido Di Pietro (2006, p. 696) assevera “O controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os seus próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes.”. Torres (2010. p. 208), por sua vez, afirma que o “[...] controle interno é o que exerce cada um dos Poderes na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira”.



473 do STF, as quais versam sobre a possibilidade de a administração revogar seus próprios atos.

Recentemente, no entanto, tem-se sustentado que o controle interno decorre de uma separação de funções de cada unidade administrativa (relação horizontal) e não de uma mera hierarquia administrativa, ou poder de autotutela (relação vertical). Isso porque o controle financeiro, mesmo que interno, não se origina do regime jurídico-administrativo que rege a Administração, mas, sim, diretamente da própria Constituição Federal, tratando-se, segundo Conti e Carvalho (CONTI; CARVALHO, 2011 p. 204-205), de uma “[...] *accountability* horizontal no controle interno”.

Nessa perspectiva, além dos poderes de fiscalização e correção, o controle interno também desempenha as funções de prevenção e orientação, com o fim de corrigir falhas e direcionar os administradores para a melhor forma de respeitar o planejamento orçamentário e os demais preceitos legais.

1.2. Controle Externo

O controle externo, no âmbito da fiscalização financeira, é aquele exercido pelo legislativo, que pode realizá-lo diretamente, como se dá pela atuação da Comissão Mista de Senadores e Deputados, prevista no artigo 72 e no artigo 166, §1º, da CF, ou com o auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 71 da CF.

O Controle direto do Poder Legislativo recai sobre a Administração Pública, como um todo, sendo que, na seara do direito financeiro, destaca-se a competência do Congresso Nacional para “[...] julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo” (art. 49, IX, da CF), bem como a competência do Senado Federal para dispor sobre limites das dívidas e operações de crédito internas e externas dos entes federativos (art. 52, incisos V, VI, VII, VIII e IX, da CF).

Destaca-se, ainda, a supramencionada Comissão Mista, prevista nos artigos 72 e 166, §1º, da Constituição, a qual atua tanto no processo legislativo das normas orçamentárias, emitindo parecer sobre os projetos de leis, como na fiscalização da execução orçamentária. Neste último caso, à referida comissão compete emitir parecer sobre as contas anuais do Presidente, de forma complementar à atribuição do Tribunal de Contas da União, bem como



exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo das atribuições de outras comissões do Congresso Nacional.

Apesar da possibilidade de atuação direta do legislativo no controle das contas públicas, cabe ao Tribunal de Contas o posto de destaque como o principal instrumento de atuação do controle externo.

Segundo Ayres Brito (2001), o Tribunal de Contas não é mero órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica, ou subalternidade funcional, desfrutando, assim, do *status* normativo da autonomia. Torres (2010), por sua vez, embora reconheça a relevância constitucional do Tribunal de Contas, afirma que não se trata de um órgão constitucional, pois não constitui o Estado e não lhe mantém a unidade, além de não proferir decisões vinculantes. Para o autor, o Tribunal de Contas não se enquadra em nenhum dos três Poderes da República, constituindo-se um “[...] órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política”.

Não obstante o debate doutrinário existente sobre a natureza dos Tribunais de Contas, é inegável sua relevância, no que tange à fiscalização e ao controle do gasto público, tratando-se de um órgão constitucionalmente instituído que, embora não exerça função jurisdicional⁷, tem organização semelhante aos tribunais judiciais, cujo objetivo é realizar uma função político-administrativa de tomadas de contas (julgar, emitir parecer, fazer inspeção) de forma posterior ou concomitante aos atos fiscalizados⁸.

É importante observar que, segundo previsão constitucional (art. 75), as normas

⁷ Tanto é, que eventuais violações a direitos subjetivos por parte das cortes de contas podem ser submetidas ao poder judiciário.

⁸ Segundo Ricardo Lobo Torres (2010, p. 206-207) “Controle prévio é o que se exerce antes da prática do ato de execução orçamentária, participando de sua formação e sendo necessário ao seu aperfeiçoamento. Desapareceu do direito constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1967, a exemplo do que aconteceu em outros países. O Controle prévio implica em interferência do Legislativo e do Tribunal de Contas sobre a ação do Executivo, retarda a execução dos contratos, é perfunctório e incompleto, motivo por que foi substituído, com vantagem, pelo sistema de sustação dos atos ilegais, adotado pela Constituição anterior (art. 72, §5º) e mantido na atual (art. 71, IX e X)”. Nesse sentido: “O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público”. ADI 916 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009)



descritas na Constituição em relação ao Tribunais de Contas da União aplicam-se, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios.

Neste ponto, cabe distinguir o Tribunal de Contas Estadual ou do DF, que é responsável pela análise do Estado federado correspondente, auxiliando o controle externo desempenhado pela respectiva Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas dos Municípios, que, apesar de também ser de âmbito estadual, possui a incumbência de apreciar as contas dos municípios do respectivo estado a que pertence, auxiliando as Câmaras de Vereadores no seu exercício do controle externo⁹.

Com relação ao Tribunal de Contas Municipal, que é aquele criado no âmbito de um município específico, sua criação foi vedada pelo artigo 31, § 4º, da CF, o qual dispõe que “[...] é vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”. Todavia, extrai-se do § 1º, do referido artigo, que os Tribunais já existentes foram recepcionados, permanecendo, portanto, válidos os funcionamentos dos Tribunais de Contas dos municípios de São Paulo e Rio Janeiro, únicos existentes na época da promulgação da Constituição de 1988 (AQUINO FILHO, 2013, p. 223).

1.3. Participação Social no Controle Financeiro

Além dos controles interno e externo, costuma-se afirmar a existência de uma terceira forma de controle, chamado de controle social, particular ou popular. Sob a ótica do presente trabalho, no entanto, aparenta mais correto categorizar essa atuação social como um mecanismo de participação na fiscalização financeira e não como uma forma autônoma de controle, haja vista não possuir o particular um poder direto de correção sobre os atos ilegais e irregulares.

Ao passo que, nos controles interno e externo, é possível, em certas situações, a anulação e sustação de atos lesivos às finanças públicas, o particular para atingir esse fim necessita acionar os referidos mecanismos de controle, mediante o direito de petição previsto

⁹ Relevante a informação de que apenas Ceará, Pará, Goiás e Bahia possuem Tribunais de Contas Municipais. (AQUINO FILHO, 2013, p. 223)



no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CF, ou recorrer ao Poder Judiciário com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto também no artigo 5º, inciso XXXV.

Não obstante a denominação utilizada (participação popular ou controle popular), o fato é que a Constituição Federal disponibilizou aos cidadãos verdadeiras ferramentas de atuação nos diversos sistemas de controle sobre a execução orçamentária¹⁰. O artigo 74, § 2º, da Constituição Federal, por exemplo, estabelece que “[...] qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Já o artigo 31, também da Constituição Federal, em seu § 3º, dispõe que as “[...] contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.” Tais mecanismos evidenciam, embora ainda de forma tímida, uma transição do modelo democrático brasileiro, que, aos poucos, mitiga a democracia representativa e adota instrumentos de democracia participativa.¹¹

2. CONTROLE JUDICIAL

Diferentemente do controle realizado pela própria Administração (controle interno) e do controle exercido pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas (controle externo), o Controle Judicial não desempenha uma função típica de fiscalização das contas públicas, haja vista o princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual o Poder Judiciário só pode agir quando provocado. A atividade jurisdicional também não realiza uma tarefa de orientação dos gestores públicos, como faz o Tribunal de Contas e a Controladoria Geral da União, por exemplo, tendo em vista o Poder Judiciário, salvo em hipóteses restritas, não possuir caráter

¹⁰ O orçamento participativo também é um importante mecanismo de participação popular em matéria financeira-orçamentária, todavia, tal ferramenta diz mais respeito ao processo de elaboração das leis orçamentárias e não do controle da execução orçamentária.

¹¹ “No âmbito da teoria democrática participativa é importante ressaltar que seus pressupostos convergem no sentido de sinalizar a importância da participação indivíduo na política, via processos de empoderamento cívico. Este entendido como o fortalecimento dos recursos e capacidades das comunidades via mecanismos que propiciem as pessoas a se envolverem na política de forma protagonista e não apenas como expectadores. Tais pressupostos estão ancorados na premissa de que somente por meio desses instrumentos será possível construir uma sociedade ativa e detentora de sua plena soberania”. (SILVA, 2015, p. 10-11.)



consultivo¹².

Por outro lado, não se pode negar que, mesmo com relação à atividade financeira do Estado, o Poder Judiciário desempenha precipuamente a atividade corretiva, tendo em vista que, nos termos do já referido inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, a própria atuação sancionatória dos órgãos de controle interno e externo pode ser submetida à apreciação judicial.

De forma simplificada, a atuação do Poder Judiciário, em matéria financeira, pode ocorrer tanto em relação ao planejamento orçamentário, por meio do controle de constitucionalidade sobre as leis orçamentárias (controle do orçamento público), quanto no controle sobre a execução de tal orçamento (controle do gasto público), conforme se dá na hipótese de implementação de políticas públicas, ou de repressão a condutas atentatórias ao patrimônio público.

É bem verdade que a possibilidade de controle abstrato sobre as leis orçamentárias foi tradicionalmente afastada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que se tratavam de leis meramente formais de efeitos concretos, portanto, sem generalidade e abstração, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI n. 1.640 (BRASIL, 1998). Todavia, há que se reconhecer uma recente tendência de superação desse entendimento, destacando-se, como prova dessa mudança de viés, a posição adotada pela Corte na ADI n. 4.048 (BRASIL, 2008), na qual se entendeu, em sede de liminar, que uma Medida Provisória de n. 405, editada em 2007 sobre orçamento, desvirtuou os parâmetros constitucionais que justificam a utilização de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários, razão pela qual foram suspensos os efeitos da lei dela decorrente.¹³

Cabe observar que o objeto do controle acima referido não foi o “mérito” do orçamento em si, mas, sim, a compatibilidade de sua instituição por lei com a Constituição Federal. Assim, não houve interferência judicial sobre as decisões políticas (e democráticas)

¹² Nesse sentido o seguinte trecho do acórdão do Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral n. 397-03.2012.6.26.0068: “(...) O Mero interesse de obter do Judiciário a manifestação acerca de teses jurídicas, como pretende o agravante acerca da inelegibilidade do agravado, não autoriza o prosseguimento da demanda, haja vista que o Poder Judiciário, fora hipóteses restritas, não age como mero órgão de consulta. Precedente STJ. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2012)

¹³ Posteriormente, a referida ação foi julgada prejudicada pela Ministra Ellen Gracie, haja vista o encerramento de vigência dos créditos extraordinários.



de como deve ser alocado o orçamento público.

Além dessa possibilidade de controle abstrato, a qual “[...] não se destina a tutelar direitos subjetivos, lesados ou ameaçados de lesão” (CORREIA NETO, 2011, p. 122) e que se dá sobre as leis orçamentárias em si, o Poder Judiciário profere outras decisões aptas a interferirem no orçamento estatal, as quais incidem sobre a fase de execução orçamentária, impondo gastos que não faziam parte do planejamento orçamentário¹⁴. Tais interferências decorrem da apreciação de casos concretos, nos quais se verifica a necessidade de uma prestação positiva do Estado para implementação de direitos fundamentais. Neste ponto, podem ser citadas, como exemplo, as decisões que determinam ao Poder Público fornecer medicamentos de alto custo, não incluídos nas listas oficiais, ao cidadão enfermo.

Observa-se que, “[...] neste último caso, não se trata de controle propriamente dito, mas de atos de inserção judicial no orçamento público que implicam sua alteração” (LEITE, 2011, p. 30-32).

Há ainda situações em que o Poder Judiciário profere decisões em processos que visam proteger a própria lisura do gasto público, como ocorre nas ações de improbidades administrativas, ações populares¹⁵ e ações civis públicas. Em tais hipóteses, pode-se afirmar que, após provocado, o Poder Judiciário exerce substancialmente controle sobre a execução orçamentária.

Nessa tarefa de controle ao gasto público, exercida pelo Poder Judiciário, merece destaque a atuação do Ministério Público, o qual recebeu a incumbência constitucional de promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público (art. 129, inciso III, da Constituição Federal).

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

¹⁴ Leite (2011, p. 108-111) critica essa forma de atuação, afirmando que a “limitação de recursos e os critérios de alocação demonstram quão complexa é a estruturação orçamentária a ponto de não poder ser alterada aleatoriamente por decisões judiciais. O cobertor é curto: a proteção de uns resvala na desproteção de outros”.

¹⁵ As ações de improbidade administrativa e as ações populares, embora sejam importante instrumento de proteção ao gasto público, não constituem objeto do presente estudo, o qual se limitou a abordar alguns aspectos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público na seara de proteção ao patrimônio público.



Quando se fala em Ministério Público e controle orçamentário, logo vem à mente o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas, mencionado nos artigos 73, §2º, I, e 130 da CF. Todavia, não é sobre a atuação dessa instituição que a presente seção versa.

O Ministério Público de Contas, conforme posição do Supremo Tribunal Federal na ADI 789 (BRASIL, 1994), não dispõe de fisionomia institucional própria, estando inserido na “intimidade estrutural” do Tribunal de Contas a que é vinculado. Por outro lado, o Ministério Público que ora se estuda é aquele previsto no artigo 128 da CF, e que, nos termos do referido artigo, subdivide-se em Ministério Público da União (que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e o Ministério Público dos Estados.

Como visto, o Poder Judiciário desempenha relevante papel no controle das finanças públicas, todavia, tal Poder somente atua quando motivado¹⁶. Assim, o Ministério Público exerce função essencial à Justiça. Utilizando-se, de forma inversa, a tradicional comparação realizada por Ayres Brito (BRITO, 2001)¹⁷, o Ministério Público é para o Poder Judiciário o que o Tribunal de Contas é para o Poder Legislativo, no que tange à atividade de controle externo das finanças públicas.

Neste ponto, observa-se que, assim como o Tribunal de Contas possui ferramentas para exercer por conta própria sua fiscalização, o Ministério Público também possui instrumentos para, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, desempenhar sua função institucional, tais como a possibilidade de emitir Recomendações (art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/93 e art. 6º, inciso XX, da LC n. 75/93) e de realizar Termos

¹⁶ “O Poder Judiciário desempenha papel capital para reter os Poderes Legislativo e Executivo nas fronteiras dispostas constitucionalmente às suas ações. Como meio de limitação do próprio Poder Judiciário, entretanto, recusa-se que ele possa agir por iniciativa própria. A Jurisdição não acontece sem provocação externa. A prerrogativa de movimentar o Judiciário mostra-se crucial para que o mecanismo de fiscalização do sistema constitucional – e portanto da efetividade das normas no Estado de Direito Constitucional – seja operante. O *freio* dos Poderes a ser aplicado pelo Judiciário depende, para realizar-se, da ação dos entes e pessoas que oficiam perante os juízos e que, por isso, exercem *funções essenciais à Justiça*.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 992.)

¹⁷ Ao abordar a posição do Tribunal de Contas em relação Legislativo, o autor aponta que “quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo ‘com o auxílio do Tribunal de Contas da União’ (art. 71), tenho como certo que está a falar de ‘auxílio’ do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro”. (BRITTO, 2001).



de Ajustamento de Condutas (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85).

Todavia, apesar dessas ferramentas extrajudiciais, o principal instrumento de atuação do Ministério Público é a propositura de ações judiciais, destacando-se na seara de proteção do patrimônio público a Ação Civil Pública (art. 1º, inciso VIII, da Lei 7.347/85). Aliás, segundo o artigo 129, inciso III, da Constituição, é função institucional do Ministério Público “[...] promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”

Com base nesse enquadramento constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 190.938, de Relatoria do Ministro Carlos Veloso, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública contra determinado município que deixou de aplicar, na área de ensino, o percentual de vinte e cinco por cento da receita provenientes de impostos.

Tal julgado mostra-se interessante porque ilustrou as diferentes formas de controle existentes. No caso, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em procedimento de prestação de contas, verificou que o município de Fortaleza de Minas tinha aplicado menos do que o limite constitucional (art. 212 da CF) exigido para a manutenção e desenvolvimento do ensino, razão pela qual as contas municipais foram rejeitadas. A corte de contas, inclusive, oficiou ao governador solicitando a intervenção do Município.

O Ministério Público, ao tomar ciência do caso, e, verificando a violação a interesse social relevante, interpôs ação civil pública, pleiteando que o município fosse condenado a incluir, no orçamento seguinte à decisão definitiva, o percentual que deixou de ser aplicado nos anos em que se verificou a irregularidade. A ação foi julgada procedente em primeira instância, todavia, em sede recursal o Tribunal de Justiça mineiro decretou a extinção do processo, por entender que o Ministério Público não possuía interesse de agir, tendo em vista que o descumprimento da norma constitucional geraria apenas a possibilidade de intervenção, tendo o TCE já tomado as providências pertinentes para tal fim.

Por fim, prevaleceu o entendimento de que a intervenção e a ação civil pública são institutos de natureza diversa, os quais não se contrapõem, na medida em que o primeiro é medida de natureza político-administrativa, já a ação civil pública é instrumento processual que visa a proteção de interesses metaindividuais, como a garantia da destinação de recursos à



educação, no patamar dos percentuais constitucionalmente previstos.¹⁸

De certa forma, o embate travado versou sobre a possibilidade de coexistência do controle judicial, provocado pelo Ministério Público, com outras formas de controle previstas na Constituição, prevalecendo o entendimento de que o controle judicial opera em dimensão diversa dos controles políticos e administrativos.

Observa-se que a atuação do Ministério Público, no caso acima, embora tivesse como pano de fundo a implementação de um direito social, relativo à educação, versava eminentemente sobre matéria orçamentária, na medida em que se pleiteava reparar o equívoco verificado no orçamento municipal de determinado ano. Trata-se, em última análise, de controle orçamentário exercido pelo Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público, a quem compete adotar as medidas judiciais necessárias à proteção do erário.

Ocorre que a atuação do Ministério Público não se limita ao controle do gasto, como no caso acima, alcançando também a fiscalização sobre aquilo que deixou de ser arrecadado pelo Estado.

A deficiência no controle sobre as renúncias de receitas sempre foi uma dificuldade na proteção do patrimônio público, haja vista a falta de transparência na concessão de incentivos fiscais, bem como pelo fato de tais medidas não sofrerem as restrições aplicadas aos gastos diretos.¹⁹

Todavia, a possibilidade de fiscalização pelo Ministério Público em tais hipóteses adquire contornos mais complexos. Isso porque, por trás de uma renúncia de receita, há uma relação jurídico-tributária base, na qual o sujeito ativo concede ao sujeito passivo um benefício fiscal.²⁰ Ocorre que a Lei n. 7.347/85, no seu artigo 1º, parágrafo único²¹, vedou

¹⁸ Nesse sentido, destaca-se o voto de vista do Ministro Nelson Jobim no referido Recurso Extraordinário.

¹⁹ “A razão para o tratamento diferenciado dos incentivos fiscais e figuras afins está na dificuldade de controle e na falta de transparência de que padecem essas medidas. Apesar de afetarem significativamente a arrecadação e de promoverem subvenções ou gastos indiretos, por meio do sistema tributário, aos benefícios fiscais não se aplicam as mesmas restrições conferidas às despesas diretas. Não carecem de autorização orçamentária, não se submetem ao princípio da anualidade, nem são prévia e rigidamente limitados como devem ser as despesas públicas, nos termos do art. 167 da CF. Por isso, é preciso estabelecer mecanismos jurídicos diferenciados, especialmente destinados ao seu controle, como é o caso dos previstos nos arts. 150, § 6º, e 165, § 6º, da CF, bem como dos constantes do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que também trata do tema”. (CORREIA NETO; MENDES, 2013. p. 177-201.)

²⁰ As renúncias receitas e os benefícios fiscais tratam-se do mesmo fenômeno, todavia, visto sob óticas



expressamente a utilização de Ação Civil Pública, quando a matéria versada for de natureza tributária.

Tal questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio do recurso extraordinário n. 576.155 – DF, ocasião em que, em sede de repercussão geral, o plenário da corte (BRASIL, 2011), por maioria, entendeu que a referida vedação não alcançaria as ações que visam impugnar benefícios fiscais, pois o interesse discutido na ação não era individual (interesses dos contribuintes), mas, sim, metaindividual, consistente na proteção do patrimônio público.

Verifica-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal admite, com tranquilidade, a realização de controle judicial em matéria financeira, mediante a utilização de ação civil pública, a qual se mostra possível, tanto no controle do gasto público (aquilo que sai dos cofres estatais), como também no controle das renúncias indevidas de receitas (aquilo que se deixou de arrecadar).

CONCLUSÃO

Verificou-se nesta pesquisa que o controle orçamentário e financeiro do Estado não se limita aos controles interno e externo, tradicionalmente mencionados nos estudos realizados sobre o tema, havendo também outros mecanismos que fiscalizam e controlam a atividade financeira estatal. Isso porque, paralelo a essas formas de controle político-administrativas, além, ainda, do chamado controle social, há o controle judicial, o qual pode até ser considerado um controle externo, em razão de situar-se fora da estrutura do Poder Executivo, todavia não se confunde com a atividade fiscalizatória realizada pelo legislativo.

diversas. Quando se fala em renúncia de receita a análise se dá sob o ponto de vista orçamentário-financeiro, ou seja, preocupa-se com as contas públicas. Por outro lado, quando se estuda benefícios fiscais, a abordagem que se propõe é sob a perspectiva do Direito Tributário, com um enfoque especial na relação jurídica entre o fisco e o contribuinte. Para um estudo mais aprofundado do tema renúncias fiscais ver: (CORREIA NETO, 2014).

²¹ Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985: “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) ”.



O controle judicial se encontra em fase de definição de seus contornos, sendo ainda incipiente o entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade de controle judicial sobre normas orçamentárias em si. Por outro lado, já está consolidada a possibilidade de intervenção no orçamento (impondo gasto público) para fins de garantia e implementação de direitos fundamentais.

Na autoafirmação do controle judicial, bem como no estabelecimento de seu alcance, destaca-se a atuação do Ministério Público, o qual não constitui um controle em si, mas, sim, uma instituição fiscalizatória de provocação das diversas formas de controle, sendo que, quanto ao controle financeiro-orçamentário, o Ministério Público seria para o Poder Judiciário o que o Tribunal de Contas representa para o Poder Legislativo, não se olvidando as diversas outras funções e tutelas atribuídas ao Ministério Público.

REFERÊNCIAS:

AQUINO FILHO, Luiz Antonio Queiroz. **Execução Orçamentária: Controle e Fiscalização**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-5-1994, Plenário, DJ de 19-12-1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 916**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1640**, Rel. Min. Sydney Sanches julgamento em 12-2-1998, Plenário, DJ de 3-4-1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4048 MC**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-05-2008, DJE de 21-08-2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 190938**, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/03/2006, DJe-094 Divulgado em 21-05-2009 Publicado em 22-05-2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 576155**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2010. Dje. Brasília, 01 fev. 2011. v. 02454, p. 01230.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 397-03.2012.6.26.0068**. Rel. Min. José Antônio Dias Toffoli, Julgamento em 20-11-2012.



BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2015.

CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. **O Controle Interno na Administração Pública Brasileira: Qualidade do Gasto Público e Responsabilidade Fiscal**. Seção Especial – Teorias e Estudos Científicos. DPU Nº 37 – Jan-Fev/2011.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. São Paulo: Editora Almedina, 2014.

_____. **O Orçamento Público e o Supremo Tribunal Federal**. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Oçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112-126.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. **Transparência Fiscal**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. **Tratado de direito financeiro, volume I**. São Paulo: Saraiva, 2013.

IVO, Gabriel. **O Processo de Formação da Lei Orçamentária Anual: A rejeição do Projeto de Lei e o princípio da inexigibilidade da lei orçamentária**. In: **Revista Trimestral de Direito Público 34/2001**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 164-180.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. P. 431.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 694 p.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 464 p.

SILVA, Marta Zorzal e. Prefácio. In: CARLOS, Euzeneia. **Controle Social e Política Redistributiva no Orçamento Participativo**. Vitória: Edufes, 2015. p. 10-11.