3

A transferência do duodécimo ao Poder Legislativo municipal: divergentes entendimentos sobre sua forma de apuração

Isabella Virgínia Freire Biondini[1]

Lídia Cristina Duarte[2]

Resumo: O presente estudo tem por objetivo verificar a base de cálculo prevista no art. 29-A da Constituição da República de 1988, para fins do limite de transferências de recursos financeiros a serem repassados à câmara municipal. Foram abordados no presente trabalho os conceitos sobre a divisão dos Poderes, bem como as suas competências, funções e autonomias entre o Judiciário, o Executivo e o Legislativo.

Palavras-chave: Federalismo. Poderes. Repasse. Duodécimo.

Abstract: *The purpose of this study is to verify the calculation basis provided in art. 29-A of the Constitution of the Republic of 1988, for the purpose of limiting transfers of financial resources to be passed on to the City Council. The concepts of division of powers, as well as their competencies, functions and autonomies between the Judiciary, the Executive and the Legislative are discussed in this paper.*

1 Mestra em Administração Pública – Gestão Econômica pela Escola de Governo Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro (FJP) e professora na mesma instituição. Contato: isabella.freire@fjp.mg.gov.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3901807608809520

2 Aluna da pós-graduação da Escola de Governo Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro (FJP). Contato: lidiacduarte@hotmail.com

Keywords: *Federalism. Powers. Transfer. Twelfth.*

1 – Introdução

A Constituição da República de 1988 (CRFB/88), em seu art. 168, prescreve a obrigatoriedade de repasse financeiro ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, com vistas a assegurar a independência dos Poderes e evitar que o Poder Executivo, que detém a função de arrecadar, possa utilizar desta atribuição para inviabilizar financeiramente os demais.

Em âmbito municipal, também por determinação constitucional, o Executivo deve repassar esse recurso sob a forma de duodécimos mensais à câmara municipal, conforme percentuais acordados em Lei Orçamentária Anual. Contudo, embora haja o acordo e a determinação constitucional do art. 29-A, da CRFB/88, não há um entendimento claro acerca da forma de apuração dos valores do duodécimo, ou seja, se há ou não a inclusão dos valores deduzidos obrigatoriamente para a formação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

Assim, este trabalho tem como objetivo estruturar uma discussão jurídica sobre o tema, apresentando a legislação em questão, bem como os entendimentos jurisprudenciais, e ressaltando o entendimento prevalecente de que não há uma clareza normativa quanto à forma de apuração do duodécimo.

Outro fator importante, que reforça ainda mais a necessidade do esclarecimento dessa dúvida é o fato de que o repasse errôneo constitui crime de responsabilidade para o chefe do Poder Executivo municipal.

Assim, este trabalho é uma pesquisa exploratória, por permitir maior familiaridade com o marco legal do duodécimo, com vista a explicitar a forma correta de calculá-lo, sendo, portanto, uma pesquisa documental, com levantamento e análise das normas jurídicas, e uma pesquisa bibliográfica, por analisar um

material mais elaborado, como a doutrina e a jurisprudência. Foram usados livros de Direito Constitucional e Direito Financeiro e as jurisprudências do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à abordagem, é uma pesquisa qualitativa, em que se pretende expor a tese jurídica majoritária para o cálculo do duodécimo, a partir da compreensão hermenêutica da legislação que trata do tema. E, por todo o exposto, trata-se de uma pesquisa aplicada, uma vez que objetiva gerar conhecimento para aplicação prática, voltado à solução do problema do cálculo do repasse mensal de valores ao Poder Legislativo do ente municipal.

Além desta introdução, este artigo traz na próxima seção o conceito de federalismo – suas características mais importantes, que afetam as competências de cada Poder –, uma breve descrição do federalismo americano e do brasileiro, com abordagem de federalismo fiscal, carga tributária e receitas que compõem a base de cálculo segundo o art. 29-A da CRFB/88. Na seção seguinte, faz-se uma abordagem acerca dos Poderes, com a caracterização de maneira mais específica do governo municipal, com os Poderes Executivo e Legislativo, por serem esses os que pleiteiam na Justiça uma definição do cálculo do duodécimo. E, por fim, os argumentos jurisprudenciais e as conclusões do trabalho.

2 – Federalismo

A palavra "federação" deriva do latim "foedus", que significa "pacto", "aliança". José Afonso da Silva explica que

> quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de estado, denominada federação ou Estado Federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa. (SILVA, 2010, p. 99).

Corroborando a doutrina de Silva, Carraza conceitua federação como:

> Uma união institucional de estados, que dá lugar a um novo estado (o Estado Federal), diverso dos que dele participam (os estados membros). Nela os estados federados, sem perderem suas personalidades jurídicas, despem-se de algumas tantas prerrogativas, em benefício da União. (CARRAZA, 2002, p. 107).

O federalismo tem como característica marcante a coexistência de vários núcleos onde ocorre a divisão do poder político estatal. Sendo assim, federalismo nada mais é que uma forma de organização do Estado, em que se configura a repartição de competências entre entes, em aspectos políticos, administrativos e fiscais. Para Horta,

> A importância da repartição das competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos estados, indicando a área de atuação de competência de cada um. (HORTA, 2003, p. 311).

Para Bonavides (2004, p. 181), se a repartição de funções entre Legislativo, Executivo e Judiciário é um modo de dividir horizontalmente o poder, o federalismo é forma vertical de alcançar o mesmo fim.

Cumpre frisar que o elemento-chave para a compreensão de uma federação é a autonomia das unidades federadas, o que não se confunde com soberania, uma vez que esta é a autovinculação de um Estado e aquela é o conjunto de competências por um poder hierarquicamente superior.

Conforme o conceito de Horta (2003, p. 363), autonomia "é a revelação da capacidade para expedir normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos".

Quanto à autonomia das unidades federadas, ressalta-se que essa autonomia é de suma importância na produção de políticas públicas e pode ser dividida em três níveis: autonomia política, autonomia administrativa e autonomia financeira.

A autonomia política compreende a competência para legislar, resulta em vários centros emanadores de normas jurídicas, num mesmo território, ou seja, cada unidade descentralizada tem a possibilidade de estabelecer comandos normativos sobre assuntos próprios e de sua competência. O Estado Federal atribui aos entes poder constituinte, de forma que possam elaborar sua própria Constituição, sem, contudo, deixar de observar a Constituição Federal, e ainda lhes atribui competência para participar das decisões do poder central.

A autonomia administrativa diz respeito à capacidade das unidades federadas de se organizarem, a fim de cumprirem as tarefas que lhe foram atribuídas pela Constituição. Já a autonomia financeira compreende o poder de arrecadar, gerir e ter orçamento próprio. Segundo Castro (2010, p. 254), ter autonomia financeira significa ter capacidade para "instituir e arrecadar os títulos da sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízos da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei".

Essa parte do acordo federativo que atribui para cada ente a competência para arrecadar um determinado tributo, que determina a repartição de receitas, bem como atribui a responsabilidade de cada ente na alocação dos recursos públicos, é o chamado federalismo fiscal.

O federalismo fiscal, segundo o conceito de Oliveira (2008, p. 40), "significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhes meios para o atendimento de seus fins".

O principal ponto do federalismo fiscal é dividir os encargos entre os entes federados e atribuir a eles tributos, de modo que

as receitas sejam suficientes para garantir a execução satisfatória de suas competências.

Observa-se que é possível verificar que o modelo federativo guarda uma íntima relação com a garantia da democracia, uma vez que, ao descentralizar o poder, o cidadão se aproxima do poder personificado no governo local. De igual forma ocorre com os entes federados, que, ao manterem sua autonomia, conseguem manter viva sua cultura e seus costumes, ao mesmo tempo que ocorre sua integração com os demais entes da federação.

2.1 – O federalismo fiscal

Como destacado anteriormente, a partilha de competências é característica intrínseca ao modelo, que divide o poder dentro do mesmo território entre duas órbitas de governo – a central e as regionais. No primeiro momento, quando da implementação do federalismo no Brasil (no século XIX, através da Constituição de 1891), foi adotada a estrutura clássica de competência do modelo norte-americano: definição do rol de competências da União e dos municípios e concedendo o poder remanescente aos estados membros. Contudo, a atual Constituição (CRFB/88), por adequação aos anseios político-sociais brasileiros, não só concedeu ao município o *status* de ente federado, como também redimensionou a competência dos entes federativos.

Ponto nevrálgico do federalismo é a divisão de competência. Esta deve ser pensada de forma a viabilizar o seu exercício sob a premissa da lógica da eficiência, no qual há a predominância do interesse.

Se até a CRFB/88 o município possuía governo próprio e competências exclusivas nos termos das constituições, a partir do novo marco normativo a Carta Magna reconheceu-lhes, também, poder de auto-organização. Em suma, isso significa que, sob a égide da CRFB/88, o município passa a ter capacidade de auto-organização (regras básicas para a estrutura política institucional), capacidade de autogoverno (possui representantes

eleitos pelo povo), capacidade normativa própria ou de autolegislação e, por fim, capacidade de autoadministração (gestão própria para as ações governamentais de interesse local) (MATTOS NETO, 1998). Essas são características básicas dos estados membros de qualquer federação, mas novidade para os municípios brasileiros, uma vez que passam a compor a federação em três níveis, nos termos do art. 18 da CRFB/88.

Com o intuito de trazer a segurança jurídica para a nova estrutura, o art.18 é cláusula pétrea. Essa condição é instrumento importante para a manutenção da estrutura do Estado Federal, segundo Mattos Neto:

> [...] merece breve atenção os instrumentos que mantêm a estrutura do Estado Federal.
>
> Dentre estes, temos a rigidez constitucional, segundo a qual deve a Constituição Federal imprimir dificuldades e obstáculos no procedimento para sua alteração, com o fim de evitar a modificação da estrutura federal de Estado. E a rigidez deve ser de tal forma acentuada que a Constituição Federal deve conter norma proibitiva de mudança da forma de Estado. Desse modo, resta intocável a Federação.
>
> [...] [bem como] a adoção de órgão incumbido de controle de constitucionalidade de lei. Em razão da diversidade de competências, poderes, atividades das pessoas polícias federadas, urge que um órgão especial zele pela Constituição Federal, impedindo que os governos central e regionais ofendam as regras básicas de partilha de competência e esferas próprias de suas respectivas ações (MATTOS NETO, 1998, p. 133).

A CRFB/88 adotou o modelo federativo cooperativo, também citado como colaborativo por alguns autores[3]. De acordo com Conti (2004, p. 9), esse modelo "enfatiza a necessidade de os Estados trabalharem harmonicamente em conjunto com o governo central para resolver os problemas do país". Nesse aspecto, o federalismo cooperativo busca um maior desenvolvimento social e econômico, estabelecendo uma relação de in-

3 Ver, por exemplo, Mattos Neto (1998, p. 132).

terdependência entre os entes da federação e respeitando as autonomias locais.

O rol detalhado de competências dos entes da federação está previsto na CRFB/88. Nos arts. 21 e 22 estão discriminadas as competências da União. As competências dos municípios estão dispostas nos arts. 29 e 30, cabendo aos estados as competências remanescentes, nos termos do art. 25, § 1º. No art. 23, há as competências comuns para todos os entes, e, no art. 24, as competências concorrentes.

Uma vez fixadas as competências a serem exercidas por cada um dos entes federados brasileiros, cumpre salientar que não há hierarquia entre eles, apenas predominância de interesses.

Apesar de o Brasil ser considerado um Estado Federal de fato, alguns aspectos existentes ainda devem ser revistos para a necessária adequação dos ideais federativos. Um deles é uma forte concentração de poder na União, em detrimento dos governos subnacionais, o que se reflete no âmbito fiscal. Ao se realizar uma análise sistemática da Constituição brasileira, em conjunto com os dispositivos que tratam das competências próprias para a instituição de tributos, percebe-se que a União mantém a concentração dos tributos, como pode ser observado pela distribuição de competência tributária entre os entes federados ilustrada no Quadro 1 e disposto nos arts. 145, 149, 153, 155 e 156, da CRFB/88. Nota-se que, no caso da União, além dos impostos, taxas e contribuições de melhoria, ela pode instituir exclusivamente a cobrança de contribuições sociais.

Segundo estudo da Câmara dos Deputados, realizado por Teixeira:

> No início dos anos 90, estados e municípios atingiram, no bolo tributário, uma participação recorde na história republicana brasileira. Juntos, os referidos entes federados, somavam, em 1991, mais de 45% de participação na receita pública disponível. Nesse contexto, a União com a justificativa de que necessitava compensar suas perdas e produzir expressivos

resultados fiscais para pagar o serviço de uma dívida pública crescente, passou a aumentar significativamente sua receita disponível, principalmente pela exploração das contribuições sociais, tributos não partilhados com estados e municípios. (TEIXEIRA, 2005, p. 4).

Quadro 1: Tributos segundo competência tributária – CRFB/88 – Brasil

Natureza dos Tributos	União	Estados	Municípios
Impostos	Sobre importação de produtos estrangeiros - II;	Sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;	Sobre propriedade predial e territorial urbana.
	Sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados - IE;	Sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação - ICMS;	Sobretransmissão intervivos - ITBI;
	Sobre renda e proventos de qualquer natureza - IR;	Sobre propriedade de veículos automotores;	Sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no Art. 155, II - ISS.
	Sobre produtos industrializados -IPI;	Sobre propriedade de veículos automotores;	
	Sobre propriedade territorial rural - ITR		
	Sobre grandes fortunas, nos termos da lei complementar.		
Taxas	Exercício do poder da política;		
	Pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos e divisíveis;		
Contribuição de melhoria	Decorrente de obras públicas;		

Outras contribuições	Contribuições sociais, de intervação no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas		

Fonte: Dados Básicos: Constituição da República Federativa do Brasil (1988). (BIONDINI, 2007).

A Tabela 1 ilustra a concentração dos tributos pela União *vis-à-vis* a baixa arrecadação dos estados e, principalmente, dos municípios. Matias-Pereira (2010) afirma que o Sistema Tributário Nacional, mesmo após a promulgação da CRFB/88, manteve a União como pessoa política que mais concentra a instituição e a arrecadação de tributos no País. Essa realidade vem se consolidando a partir da década de 90, quando a União inicia um processo de recentralização, com a criação do sistema paralelo de contribuições sociais em detrimentos dos impostos. A preferência da União pelas contribuições sociais ocorre por dois motivos: primeiro, porque essas receitas não são legalmente partilhadas, estando livres para uso por parte do ente arrecadador, e segundo, pelo fato de os impostos serem objeto de constantes desonerações fiscais, como parte da política econômica e fiscal do governo federal (BIONDINI, 2007).

Tabela 1 – Carga tributária por ente federativo – 2016 e 2017 – Brasil

		Entidade Federativa			Total
		União	Estados	Municípios	
2016	Arrecadação [R$ Milhões]	1.381.880,23	514.456,79	124.827,65	2.021.164,68
	% do PIB	22,08%	8,22%	1,99%	32,29%
	% da Arrecad.	68,37%	25,45%	6,18%	100,00%
2017	Arrecadação [R$ Milhões]	1.447.106,36	547.073,54	133.189,98	2.127.369,88
	% do PIB	22,06%	8,34%	2,03%	32,43%
	% da Arrecad.	68,02%	25,72%	6,26%	100,00%

Variação	Arrecadação [R$ Milhões]	nominal	65.226,13	32.616,75	8.362,33	106.205,21
		real	64.703,56	32.422,20	8.315,12	105.440,88
	p.p. do PIB		-0,02	0,12	0,04	0,14
	p.p. da Arrecad.		-0,35	0,26	0,08	0,00

Fonte: Estudos Tributários. Carga Tributária no Brasil – 2017 (Análise por Tributo e Bases de Incidência).

Nota: (1) Foi usado o deflator implícito do PIB para corrigir a arrecadação de 2017.

Assim, pode-se observar pela Tabela 2 qual é a participação dos principais tributos na composição da carga tributária em 2016 e 2017 e a esfera responsável pela sua arrecadação. A carga tributária é dividida entre os entes federados, distribuídos entre as três esferas de governo, com alíquotas variadas e regimes de apuração distintos (CORREIA NETO, 2019). Ela, portanto, reflete a forma como as receitas tributárias estão distribuídas, seja em função das competências tributárias[4] definidas na CRFB/88, seja pela capacidade tributária ativa (ato de arrecadar e fiscalizar tributos, o qual pode ser delegado), seja da divisão do produto da arrecadação, por meio das transferências.

Tabela 2 – Participação dos entes na apropriação da receita – acumulado 2014-2017 – Brasil

Entes Federativos	Apropriação
Estados	38,9
União	40,3
Municípios	20,6
Fundos Constitucionais	0,2
Total	100

Fonte: Adaptado de PELLEGRINI. 2019, p.15.

Nota: (1) Trata-se da participação na arrecadação dos tributos, ajustada pelas transferências existentes entre entes, com base nesses mesmos tributos.

4 A competência tributária é a instituição do tributo sobre determinadas bases as quais incida o fato gerador, estando elas descritas taxativamente na Constituição.

Mesmo a Constituição tendo apresentado um perfil mais descentralizador, por questões de lógica, muitas bases tributárias mantiveram-se sob os cuidados da União, como as relacionadas aos tributos que incidem sobre bases móveis – renda, consumo e patrimônio móvel –, para evitar que a sua instituição pelo ente local ou mesmo regional gerasse uma guerra fiscal, como ocorre com o Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), cuja competência tributária é dos estados. Nesses casos, o tributo deveria ficar a cargo do ente central (CORREIA NETO, 2010).

O segundo fator apontado por vários autores (PEPE et. al., 1997; LAGEMANN, 1995; DAIN, 1995), que justifica a concentração de determinados tributos na União, é a heterogeneidade existente em todo território nacional, cabendo a esse ente arrecadar esses tributos para, em seguida, promover a sua partilha. Essa partilha pode ocorrer a título de **devolução**, proporcional à capacidade arrecadatória de cada ente, com repasse da maior parte da receita aos que mais arrecadam, ou na forma de **redistribuição**, cujo intuito é a promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes da federação. Nessa lógica, o sistema prevê que os governos mais centrais realizem transferências aos entes subnacionais com o objetivo de alcançar um padrão, fornecendo um mínimo de receita para cumprir os encargos e responsabilidades que lhe são atribuídos e possibilitando a promoção do desenvolvimento regional e/ou local.

Se, por um lado, esse sistema de partilha traz implicações positivas, por fornecer o *minimum value* aos entes locais, por outro lado, pode trazer implicações negativas, por criar uma dependência das receitas de transferências em parte dos municípios, e, por consequência, diminuição da sua autonomia. Nesse sentindo, leciona Harada:

> À primeira vista, pode parecer que o mecanismo de participação no produto de arrecadação de imposto alheio favorece as entidades políticas participantes, à medida que as livra dos custos de implantação, de fiscalização e de arrecadação. Na realidade, porém,

> tolhem as autonomias dessas entidades, porque inúmeros entraves burocráticos, inclusive os de natureza política, se interpõem, dificultando o recebimento oportuno dessas participações, sem contar as limitações e condicionamentos previstos na própria Carta Política e na legislação infraconstitucional, impondo o direcionamento dos recursos que lhes são transferidos. (HARADA, 2015, p. 52).

Frisa-se que, para muitos municípios, a autonomia se encontra apenas de forma simbólica na Constituição, isso porque, para que haja autonomia dos entes federados, é necessária uma repartição tributária que garanta a existência de receitas suficientes para o desempenho de suas competências, não bastando atribuir aos entes autonomia política e administrativa sem que lhes seja dada autonomia financeira.

Sobre a federação brasileira, Barroso afirma que:

> [...] vive-se, portanto, um momento crítico na Federação brasileira, e um gravíssimo problema de natureza fiscal, que tem comprometido o funcionamento adequado das instituições e serviços estaduais e municipais. O reconhecimento deste cenário é imperativo para qualquer atividade de interpretação e construção jurídicas acerca da matéria. (BARROSO, 2006, p. 146).

Diante disso, o maior desafio do federalismo fiscal brasileiro é a busca por mecanismos que tragam uma maior eficiência na arrecadação de tributos e benefícios na partilha, de forma que a distribuição seja justa e equilibrada, equivalente às atribuições de cada ente federado.

Importante ressaltar que a Constituição Federal trouxe outros mecanismos que visam salvaguardar o Estado Federal como, por exemplo, a especificação das atribuições dos Poderes – Judiciário, Executivo e Legislativo – e o sistema de freios e contrapesos. Mas, para que este funcione, é condição precípua a existência de autonomia financeira. Sem ela não há o que se falar em independência entre os Poderes e na verdadeira liberda-

de para exercer suas funções. Essas questões serão trabalhadas na próxima seção.

3 – Poder e divisão dos Poderes

A Constituição Federal de 1988 dispôs em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No entanto, apesar de independentes, os Poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional[5].

Dessa forma, a principal função do Poder Legislativo é a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função primordial do Poder Executivo é resolver os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. Já a função jurisdicional aplica o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

A divisão dos Poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes, sendo um princípio de ordenação de competências funcionalmente orientado e adequado (CANOTILHO[6], 2003 *apud* Valle, [201-]). É baseado

5 Segundo Valle ([201-], p. 4), lealdade institucional é a capacidade de diferentes órgãos se autodeterminarem politicamente de forma independente, encontrando-se a sua a atuação balizada pela necessidade de não obstar arbitrariamente ao exercício das competências alheias e de concorrer para um funcionamento eficiente do sistema de governo. Nesse mesmo sentido, Roberto Bin, em seu artigo Il Principio di Leale Cooperazione nei Reapporti tra Poteri (2001 apud Valle, [201-]) afirma que o princípio da lealdade institucional pode ser caraterizado, em certa medida, por ser o "reverso do princípio da separação entre os poderes", como uma das outras faces da estrutura constitucional organizatória, que atua em zonas comuns de intervenção dos órgãos, em áreas em que a atividades de um órgão pode ser intersetada pela atividade de outro(s). Isso garantiria que a atuação de um órgão do poder político não viabilizasse o exercício de competências alheias, por meio de obstáculos sem fundamento.

6 Para mais informações ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: editora, 2003. p. 645.

em dois elementos: especialização funcional e independência orgânica.

A especialização funcional significa que cada órgão é especializado no exercício de uma função: ao Parlamento lhe é atribuída a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional. Em relação à independência orgânica, denota-se que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Contudo, a doutrina mais recente não comunga de um entendimento rígido em torno da questão. Ela entende que a separação de Poderes pressupõe mecanismos de controle recíprocos entre eles, induzindo a

> necessidade de criação de relações de cooperação, de coordenação e de respeito mútuo entre os órgãos constitucionais para a prossecução das suas funções, sem que daí devessem resultar prejuízos ou obstáculos, nem para competências decisórias de uns, nem para os meios de controlo de outros. (VALLE, [201-], p. 5).

Ainda, a divisão dos Poderes não se confunde com distinção de funções de poder, embora entre ambas haja uma conexão necessária. Por isso, Silva esclarece:

> A distinção de funções é constituída pela especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário. Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes. (SILVA, 2010, p. 108).

Assim, nenhum Poder irá sobrepor-se ao outro, o que traz uma independência harmônica nas relações de governança. Nas próximas subseções serão apresentadas as funções desempe-

nhadas por cada Poder no âmbito municipal, uma vez que o foco do artigo é discutir o cálculo do duodécimo repassado ao Poder Legislativo municipal à luz dos fundamentos das autonomias financeira, administrativa e política.

3.1 – Governo municipal

O poder, para o ente local, é dividido apenas entre Executivo e Legislativo, não havendo órgão jurisdicional próprio. Silva (2010) a esse respeito esclarece:

> O Poder Judiciário que atua nos Municípios (constituídos em comarca) é estadual. Aos Municípios, pois, só foram atribuídas duas funções governamentais básicas: a *função legislativa* e a *função executiva*, no que tange à matéria de sua competência. *Legislação* e *Administração* constituem as funções fundamentais que integram a competência municipal. (SILVA, 2010, p. 644).

Cabe à câmara municipal exercer a função legislativa, e o prefeito, auxiliado pelos seus secretários, exercer a administrativa.

3.1.1 – Poder Executivo municipal

O Poder Executivo do município é titularizado pelo prefeito, que representa o município, pessoa jurídica de direito público interno. O prefeito é o chefe da administração municipal. Suas funções estarão descritas na lei orgânica municipal, que distinguirá **funções de governo** e **funções administrativas**. As funções de governo estão relacionadas às questões políticas (representação do município, direção geral, relação com outras autoridades) e às colegislativas (sanção e veto legislativo, publicação de leis, envio de mensagens à câmara). Já as funções administrativas ou executivas referem-se à fixação das diretrizes do governo, ao planejamento administrativo, à direção dos negócios do ente local, à execução de leis e a atividades relacionadas ao funcionamento da máquina pública etc. (SILVA, 2010).

O prefeito tem o dever de observar todas as normas previstas no ordenamento jurídico – como a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei 4.320/64 e as leis orçamentárias – e os princípios constitucionais e legais e definir a aplicação das receitas públicas, inclusive as transferidas pelos demais entes federados. Além disso, deve zelar pela boa administração da cidade e empreender a gestão da coisa pública de forma eficiente (BRASIL, 2016).

Sobre a competência do município, Castro (2010) corrobora a discussão no seguinte sentido:

> A competência do Município deriva da Constituição Federal. Nossa Federação adotou a tripartição de competências. Os poderes da União e dos Municípios estão explicitamente enumerados na Carta da República, reservando-se aos Estados as competências que lhes não sejam vedadas, quer dizer, os poderes reservados pressupõem a exaustão dos poderes enumerados. (CASTRO, 2010, p. 215).

Decorre de sua autonomia constitucional (arts. 1º e 18 da CF) a definição das atribuições dos municípios. A autonomia é prerrogativa política concedida e limitada pela CRFB/88, nos termos dos arts. 30 e 23, que definem as competências comum e suplementares, cabendo ao ente local exercê-las, conforme discutido na subseção XX. Contudo, como restou demonstrado, os municípios atuam de maneira isolada, necessitando do auxílio dos entes superiores, em termos de recursos técnicos e financeiros.

3.1.2 – Poder Legislativo municipal

O Poder Legislativo municipal é exercido pela câmara, cujas funções a serem desempenhadas encontram-se elencadas na lei orgânica do respectivo município, mas que, segundo Silva (2010), estão divididas em quatro grupos:

a) função legislativa: cabe a este órgão legislar sobre as matérias cuja competência e cujo interesse sejam locais, segundo processo legislativo;

b) função deliberativa: exercer atribuições de sua competência privativa, relacionados a atos concretos, como resoluções, aprovações, autorizações, julgamento técnico, segundo lei orgânica;

c) função fiscalizadora: no âmbito orçamentário-financeiro, mediante controle externo, que é exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado; e, por fim,

d) função julgadora: exerce juízo político, cabendo-lhe julgar o prefeito e os vereadores por infrações político-administrativas.

Castro (2010, p. 128) complementa esse entendimento, destacando que a câmara municipal é órgão despersonalizado do município, mas com capacidade judiciária e desempenhando as seguintes funções: função organizante, legislativa, deliberativa, fiscalizadora e julgadora –, funções descritas na CRFB/88, nos arts. 23, 29, 30, 31 182 e 183, e regulamentado nas leis orgânicas municipais.

Moraes corrobora essa ideia ao explicar que o Poder Legislativo possui funções típicas e atípicas:

> As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento.
>
> [...]
>
> As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade. (MORAES, 2008, p. 408).

Entre as funções da câmara, a atribuição mais importante é a função legislativa. A função legislativa municipal compreende a elaboração da lei orgânica, bem como suas atualizações e a produção legislativa regular e ordinária.

O foco deste trabalho é a discussão do cálculo do duodécimo repassado pelo Executivo municipal ao Legislativo, para financiar as suas atividades, que como destacado por Silva (2010), Moraes (2008) e Castro (2010), estão agrupadas nas funções supracitadas.

Ressalta-se que o Poder Legislativo municipal tem a mesma importância do Congresso Nacional e das assembleias legislativas.

4 – Transferências de recursos financeiros ao Poder Legislativo municipal

A Constituição Federal, tendo como base assegurar a independência dos Poderes e evitar que o Poder Executivo, que detém a função de arrecadar, pudesse utilizar-se dessa atribuição para inviabilizar os demais, não lhes entregando os recursos necessários ao seu regular funcionamento, prescreve a obrigatoriedade de repasse aos Poderes, conforme descrita no art. 168:

> Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (BRASIL, 2006).

Costa, nesse sentido, define duodécimo

> como a transferência mensal feita pelo Executivo, obrigatoriamente até o dia 20 de cada mês, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. (COSTA, 2001, p. 104).

É nesse contexto que está inserido o duodécimo a ser transferido ao Poder Legislativo municipal, cabendo destacar que há uma definição específica, nesse caso, para o cálculo do valor de-

vido ao Poder. Essa definição está no art. 29-A da CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional 25/2000 e posteriormente alterado pela Emenda Constitucional 58/09:

> Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5o do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:
>
> I – 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;
>
> II – 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;
>
> III – 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;
>
> IV – 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;
>
> V – 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;
>
> VI – 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes
>
> § 1º – A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores. (BRASIL, 2006).

Esse artigo, ao estabelecer as regras para apuração do duodécimo do Poder Legislativo municipal, segundo a faixa populacional, também fixou os subsídios dos vereadores.

Depreende-se ainda da análise dos arts. 29-A e 168 que os recursos a serem repassados pelo Poder Executivo à câmara municipal, sob a forma de duodécimos mensais, são os valores aprovados no orçamento municipal ou aqueles que o modificam, e não os valores financeiros, gerados a partir da execução orçamentária do exercício anterior. Em outras palavras, a base de cálculo, no momento de elaboração da lei orçamentária, para o cálculo do montante de recurso disponível para o financiamento das atividades desempenhadas pelo Executivo, será a receita efetivamente realizada no exercício anterior, devendo, pois, ser essa receita usada no cálculo do duodécimo a ser repassado às câmaras municipais no exercício seguinte.

É importante destacar que no § 2º do artigo supracitado, há imputação de crime de responsabilidade ao prefeito que não observar os percentuais fixados por faixa populacional, não repassar o valor no prazo estabelecido ou não obedecer ao valor fixado na LOA, conforme dispositivo a seguir:

> Art. 29-A .....
>
> § 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal:
>
> I – efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo;
>
> II – não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou
>
> III – enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária. (BRASIL, 2006).

A imputação do crime de responsabilidade ao chefe do Poder Executivo visa evitar que ele cause, em desfavor do Legislativo, um estado de subordinação financeira que comprometa, pela gestão arbitrária do orçamento ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados, a própria independência político-jurídica da instituição.

Nota-se ainda que o Texto Constitucional é claro quanto à natureza dos recursos a serem repassados: recursos correspondentes às dotações orçamentárias, não deixando margem a outro entendimento senão ao de que os recursos referidos são aqueles inscritos na lei orçamentária.

O art. 29-A da CRFB/88 estabelece a base de cálculo para repasse do duodécimo como o somatório da receita tributária e das transferências efetivamente realizadas no exercício anterior. Estas receitas são as previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, conforme Quadro 2:

Quadro 2 – Transferências constitucionais para a formação do cálculo do duodécimo do Poder Legislativo municipal

Transferência da União aos municípios	Transferência dos estados aos municípios
Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, I, "b" e "e"); (2)	25% do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) (art. 158, IV)
Imposto de renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, pagos pelos municípios, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (art.158, I)	50% sobre Imposto Sobre Propriedade de Veículos (IPVA) (art. 158, III)
50% do produto da arrecadação do ITR (art. 158, II)	25% de 10% do IPI recebido pelo estado da União em função das exportações de produtos industrializados (art. 159, § 3º)
70% do IOF – ouro será destinado ao município de origem (art. 153, §5º)	25% de 29% da Contribuição de Intervenção do Domínio Econômico (Cide), recebida da União (art. 159, §4º)

Fonte: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Elaboração: Autoras.

No entanto, este artigo não esclarece se os valores que devem compor a base de cálculo são brutos ou líquidos. O dispositivo constitucional, ao ser omisso e não esclarecer se o duodécimo do Legislativo deve ou não ser calculado com os valores líquidos ou brutos, deixa a dúvida quanto à entrada ou não dos recursos deduzidos para a formação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). Esses valores são registrados para cumprir o princípio do orçamento bruto – previsto no art. 6º da Lei 4.320/64, que determina: "Tôdas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções". Essa é, sem dúvida, uma forma de impedir que o orçamento público seja elaborado considerando-se as importâncias líquidas e não todos os recursos financeiros pelos seus valores brutos.

Assim, o primeiro entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), presente na Súmula 102, não segue a lógica implícita do princípio supracitado, que excluiu do duodécimo o Fundeb:

> A contribuição ao FUNDEF e ao FUNDEB, bem como as transferências recebidas desses Fundos pelos Municípios, incluída a complementação da União, a qualquer título, não integram a base de cálculo a que se refere o art. 29-A da Constituição Federal/88 para o fim de repasse de recursos à Câmara Municipal Súmula 102 (Cancelada no D.O.C. de 26/10/11 – pág. 17). (MINAS GERAIS, 2011).

Entendia a Corte de Contas mineira que a parcela referente ao FPM, que é creditada ao município em seu valor integral, havendo, simultaneamente, a retenção da percentagem devida para o Fundeb (20% implementados progressivamente), não integra a base de cálculo do duodécimo, por não ingressar efetivamente nos cofres públicos municipais.

Contudo, posteriormente, o TCEMG considerou que tal exclusão seria excessiva, uma vez que incidiria sobre a parte das receitas tributárias. A corte suspendeu, assim, a eficácia do enunciado da Súmula 102, conforme disposto na Consulta 837.614, proferida pelo Tribunal Pleno na sessão de 29/6/2011:

> CONSULTA – CÂMARA MUNICIPAL – COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, A QUE SE REFERE O ART. 29-A DA CR/88, PARA FINS DE REPASSE DE RECURSOS DO PODER EXECUTIVO AO PODER LEGISLATIVO – O PERCENTUAL REPASSADO PELO MUNICÍPIO, PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO DO FUNDEF/FUNDEB, INTEGRA O SOMATÓRIO DA RECEITA TRIBUTÁRIA E DAS TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS A QUE SE REFERE O ART. 29-A DA CR/88, PARA EFEITO DE REPASSE À CÂMARA MUNICIPAL – SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 102 DO TCEMG – REMESSA DOS AUTOS À COORDENADORIA E COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA – ADEQUAÇÃO DO SIACE AO NOVO ENTENDIMENTO – REFORMA DAS TESES QUE DISPÕEM SOBRE A MATÉRIA EM OUTRO SENTIDO – DECISÃO UNÂNIME.
>
> 1) A contribuição municipal feita ao FUNDEF ou ao FUNDEB, custeada por recursos próprios, deve integrar a base de cálculo para o repasse de recursos do Poder Executivo à Câmara Municipal, previsto no art. 29-A da Constituição da República.
>
> 2) Suspende-se a eficácia do enunciado da Súmula 102 do TCEMG.
>
> 3) Remetam-se os autos à Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula, para que se promova estudo abrangente sobre a questão e sobre a repercussão que o cancelamento do enunciado terá sobre as contas que já foram objeto de emissão de parecer prévio pelo Tribunal, bem como sobre as contas ainda pendentes de análise.
>
> 4) Consideram-se reformadas as teses das Consultas nº 687025, 687787, 686880, 687332, 687192, nos termos do art. 216 Regimento Interno (TCEMG Consulta n. 837.614 – Relator: Conselheiro Antônio Carlos Andrada – sessão 29/6/2011). (MINAS GERAIS, 2011)

Para compreender um pouco melhor a discussão em torno do Fundeb, a próxima seção apresentará rapidamente o que ele representa.

4.1 – O Fundeb e o cálculo do duodécimo

A Emenda Constitucional 14/96 alterou o art. 60 da ADTC criando o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef). Ele foi substituído pelo Fundeb, após a EC 53/06, que ampliou o financiamento que antes era restrito ao ensino fundamental para o ensino básico. É composto por transferências da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios:

> Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:
>
> I – a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil;
>
> II – os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal; [...]. (BRASIL, 2006).

Várias dessas receitas que compõem o cálculo do Fundeb também compõem o cálculo do duodécimo, conforme mostrado no Quadro 2. Os recursos do Fundeb possuem finalidade descrita em lei, conforme abaixo:

> Art. 60 .....
> .....
>
> XII – proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) de cada Fundo referido no inciso I do caput deste artigo será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício.
>
> [...] § 5º A porcentagem dos recursos de constituição dos Fundos, conforme o inciso II do caput deste artigo, será alcançada gradativamente nos primeiros 3 (três) anos de vigência dos Fundos, da seguinte forma:
>
> [...] II – no caso dos impostos e transferências constantes dos incisos I e III do caput do art. 155; do inciso II do caput do art. 157; e dos incisos II e III do caput do art. 158 da Constituição Federal:
>
> [...] Assim, é possível compreender que os fundos contábeis são constituídos em cada uma das unidades da Federação com verbas dos vários entes e que independentemente da origem, todo recurso gerado é redistribuído para aplicação exclusiva na educação básica. (BRASIL, 2006)

Cumpre ressaltar que o entendimento atual do Tribunal de Contas é objeto de mandado de segurança interposto pelo município de Belo Horizonte, por entender que as verbas municipais concernentes ao Fundeb não podem integrar a base de cálculo para o repasse ao Poder Legislativo. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o recurso em Mandado de Segurança 44.795 – MG, entendeu que os recursos do Fundeb não integram a base de cálculo para repasse à câmara municipal, pois as verbas que compõem esse fundo não estão compreendidas nas receitas tributárias, nem nas transferências que pertencem aos municípios:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GE-

RAIS. ANULAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES DO MUNICÍPIO AO FUNDEB. REPASSE DE RECURSOS. PODER EXECUTIVO FEDERAL. CÂMARA DE VEREADORES. ART. 29-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

1. As verbas que compõem o FUNDEB não estão compreendidas nas receitas tributárias, nem nas transferências que pertencem aos municípios, nos termos dos arts. 153, § 5º, 158 e 159 da CF/88. Logo, devem ser excluídas da base de cálculo dos duodécimos repassados pela União às Casas Legislativas Municipais, nos moldes do art. 29-A, da CF/88.

2. A expressão "efetivamente realizada", constante do art. 29-A do Texto Constitucional, significa a receita que foi arrecadada e incorporada ao patrimônio do Município no exercício anterior. Não se consideram, portanto, para fins de apuração dessa quantia, os valores que devam ser arrecadados no corrente exercício, tais como a complementação do FUNDEB.

3. Além disso, os recursos do FUNDEB, independentemente da origem, não podem ser utilizados para fins diversos de suas destinações constitucional e legalmente definidas – art. 60, caput, e I, da CF/88 e 8º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00 – isto é, a educação básica e a remuneração dos trabalhadores da educação, o que reforça a compreensão de que devem ser excluídos do cálculo do repasse previsto no art. 29-A da CF/88.

4. No caso, a mitigação do enunciado da Súmula 102 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais desbordou da melhor interpretação a ser conferida aos normativos constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à matéria, o que justifica a anulação do acórdão proferido na Consulta n. 837.614/TCE/MG.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento (RMS 44.795/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/11/2015, DJE 12/2/2016). (BRASIL, 2020).

Destaca-se que esse entendimento do STJ não é unânime. Eis que no citado acórdão há votos divergentes, a saber, do ministro relator Humberto Martins e da ministra Assusete Magalhães.

Sabiamente, o ministro Humberto Martins reforçou no seu voto que "não é possível criar interpretativamente restrição à fixação do totum contábil do art. 29-A da Constituição Federal, por ausência de previsão constitucional ou legal" (g.n) (RMS 44.795/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/11/2015, DJe 12/2/2016). (BRASIL, 2020)

A ministra Assusete Magalhães, em um estudo mais aprofundado, fundamentou seu voto com as seguintes premissas:

> [...] Examinei o assunto e me convenci de que a contribuição municipal, com recursos próprios, feita ao FUNDEB, na forma prevista no art. 60, II, do ADCT, constitui receita pública, tributária, e deve integrar a base de cálculo do art. 29-A da CF/88, que disciplina a forma de cálculo do total da despesa do Poder Legislativo Municipal, como esclarece a autoridade impetrada:
>
> "Na verdade, os recursos provenientes dos municípios que integram o FUNDEB são recursos próprios, resultantes de transferências constitucionais, portanto, receitas públicas, cujo titular, evidentemente, é o município e que, por uma facilidade operacional, são retidos na fonte, por isto não entram financeiramente no caixa, mas contabilmente são receitas públicas orçamentárias. O FUNDEB, num primeiro momento, não é o titular do recurso e sim seu destinatário" (fl. 106e).
>
> Em verdade, a alteração do entendimento do TCE/MG, com o cancelamento da mencionada Súmula, visou dar integral e fidedigno cumprimento à norma do art. 29-A da CF/88, de vez que a Súmula 102 do TCE/MG criava exclusão, da base de cálculo do aludido art. 29-A da Carta, que a Constituição não prevê, como destaca o acórdão recorrido: [...] (RMS 44.795/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/11/2015, DJe 12/2/2016). (BRASIL, 2020)

O principal argumento da ministra para acompanhar o novo entendimento do TCEMG encontra-se no fato de não haver qualquer ressalva quanto à forma de calcular os valores destinados ao Fundeb, como se vê:

> Conforme mencionado acima, o art. 29-A da Constituição Federal estabelece que as transferências recebidas pelo Município, por força do art. 158 da Constituição Federal, integram a base de cálculo do total de despesa do Poder Legislativo Municipal, não havendo qualquer ressalva relacionada aos valores que, posteriormente, devam ser repassados ao FUNDEB ou a outras despesas vinculadas.
>
> Assim, como destacado no acórdão recorrido, o art. 29-A da CF/88, por ser norma que, além de fixar um limite para as despesas, tem como objetivo assegurar a independência financeira do Poder Legislativo Municipal, as restrições à base de cálculo dos valores a serem repassados devem ser interpretadas de forma restritiva.
>
> Ademais, o fato de o repasse ao FUNDEB ser compulsório, com retenção na fonte dos valores devidos, não tem o condão de criar a exceção pretendida pelo recorrente, pois, conforme expressamente previsto no art. 158 da Constituição Federal, as verbas mencionadas em seus incisos pertencem aos Municípios.
>
> Assim, por serem verbas pertencentes ao Município, não prospera a alegação de que, por terem destinação vinculada, configurariam "mera entrada provisória" (fl. 218e) em seu orçamento, pelo que não poderiam ser consideradas receita pública.
>
> Isso porque o art. 6º da Lei 4.320/64 determina que "todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções" (RMS 44.795/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/11/2015, DJe 12/02/2016). (BRASIL, 2020)

E ela ainda complementa seu argumento, dizendo que o financiamento do Poder Legislativo municipal por recursos de dedução do Fundeb, ou seja, aqueles que de fato não ingressaram na conta municipal, não configuraria desvio de finalidade:

> Além disso, o entendimento adotado no ato impugnado não significa que os recursos do FUNDEB serão utilizados para fins diversos de suas destinações constitucionalmente definidas (educação básica e remuneração

> dos professores), mas apenas que a integralidade dos valores recebidos pelo recorrente, por força do art. 158 da Constituição Federal, deverá integrar a base de cálculo do montante do qual, posteriormente, 4,5% irão constituir o limite de despesa do Poder Legislativo Municipal.
>
> Por fim, cumpre salientar que as verbas destinadas, pelo Município, ao FUNDEB, não são as únicas receitas vinculadas a determinadas despesas. Com efeito, o art. 167, IV, da Constituição Federal, ao vedar a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvou:
>
> "a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo".
>
> Desta forma, por exemplo, nos termos do art. 212 da Constituição Federal, além da contribuição ao FUNDEB, os Municípios deverão aplicar, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (RMS 44.795/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/11/2015, DJe 12/2/2016). (BRASIL, 2020)

Frisa-se que, apesar dos votos do ministro relator Humberto Martins e da ministra Assusete Magalhães, a decisão que prevaleceu no STJ foi a da exclusão da base de cálculo do repasse ao Poder Legislativo dos recursos deduzidos para a formação do Fundeb.

Vale dizer que o STJ, nos autos do RMS 44.795 – MG, seguiu o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), denegando a segurança pleiteada pela Câmara Municipal de Felixlândia em face da decisão da Prefeitura Municipal que deduziu do repasse ao Legislativo os recursos relativos ao Fundeb, sob o seguinte fundamento:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – REPASSE DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS AO LEGISLATIVO MUNICIPAL – DUODÉCIMO – BASE DE CÁLCULO – FUNDEB – NÃO INCLUSÃO – ADMISSIBILIDADE – SENTENÇA REFORMADA. Não há falar em direito líquido e certo da impetrante que justifique a obrigação do Poder Executivo proceder ao repasse do duodécimo com inclusão do FUNDEB em sua base de cálculo, visto que sua transferência aos entes municipais não constitui, tecnicamente, como receita pública já que referida verba possui dotação específica na manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação.
>
> [...]
>
> No curso do processo, o colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA anulou o acórdão proferido na Consulta nº 837.614 pelo TCE/MG, pois considerou a impossibilidade da mitigação do enunciado da Súmula nº 102:
>
> [...] Diante desse quadro, não há falar em ato ilegal e ou abusivo, pois o julgamento proferido por Tribunal Superior não produz efeitos somente 'inter partes', na medida em que determinou a anulação do acórdão oriundo da Consulta nº 837.614 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.
>
> Ademais, inocorre violação à Lei Orçamentária Anual do Município (Lei nº 1.773/2010) (ff. 20/23), porquanto o repasse supostamente a menor do duodécimo à Câmara Municipal justifica-se pelo fato de o FUNDEB não constituir, tecnicamente, em receita, já que possui destinação específica na manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, por isso a ausência de direito líquido e certo na sua contabilização para o cálculo dos duodécimos (TJMG – Remessa Necessária-Cv 1.0209.11.008921-3/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/1/2017, publicação da súmula em 3/2/2017). (MINAS GERAIS, 2020)

Frisa-se que, embora a regra seja que os processos tenham efeitos somente entre as partes, o entendimento do TJMG é que a decisão do STJ tornou sem efeitos a decisão do TCEMG que revogou a Súmula 102, gerando efeitos para além das partes litigantes.

Entendimentos relativamente recentes do TJMG sobre a matéria em estudo corroboram e reforçam a jurisprudência anterior. Foram três decisões – duas em 2017 e uma de 2018, sendo dois mandados de segurança e um agravo de instrumento. Os principais argumentos para o indeferimento foram:

> Não deve ser concedida a medida liminar no bojo de ação mandamental quando o ato administrativo impetrado foi tomado com base em decisão do Superior Tribunal de Justiça que anulou o acórdão proferido na Consulta nº 837.614/TCE/MG e entendeu que a contribuição ao FUNDEB não integra a base de cálculo a que se refere o art.29-A da Constituição Federal para o fim do repasse de recursos à Câmara Municipal (RMS 44.795/MG) (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.057711-8/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 5/12/0017, publicação da súmula em 11/12/2017).

> As verbas que compõem o Fundeb e o Fundef não estão compreendidas nas receitas tributárias, nem nas transferências que pertencem aos Municípios (arts. 153, §5º, 158 e 159, CR/1988) e devem ser excluídas da base de cálculo dos duodécimos para o repasse de receitas, pelo Poder Executivo Municipal ao Poder Legislativo, nos moldes do art. 29-A, do texto constitucional (TJMG--Agravo de Instrumento-Cv 1.0209.16.003584-3/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 3/10/2017, publicação da súmula em 10/10/2017).

> I– As verbas que compõem o FUNDEB não estão compreendidas nas receitas tributárias, nem nas transferências que pertencem aos municípios, nos termos dos arts. 153, § 5º, 158 e 159, todos da CF/88.

> II – Possuindo o FUNDEB destinação específica, não pode ser incluído na base de cálculo dos duodécimos repassados às Câmaras Municipais, sob pena de violação do disposto no art. 8°, p. único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/2000).

> III – O mandado de segurança não é sucedâneo da ação de cobrança, nos termos das Súmulas nºs 269 e 271, ambas do Supremo Tribunal Federal, cabendo ao impetrante ajuizar ação própria para obter o proveito econômico que dele eventualmente se origine (TJMG Processo nº

0010715-73.2017.8.13.0453 (1), Rel. Peixoto Henriques, julgado em 24/4/2018). (MINAS GERAIS, 2020)

Cumpre ressaltar que foi interposto no STF o Recurso Extraordinário 985.499 contra a decisão do STJ RMS 44.795, ainda pendente de julgamento, e não lhe foi atribuído efeito suspensivo.

A Procuradoria-Geral da República já opinou pelo provimento do RE 985.499; entretanto, o parecer do Ministério Público não tem força de suspender os efeitos da decisão proferida no RMS 44.795 e não é garantia de provimento do recurso.

Assim, verifica-se que está produzindo efeitos a decisão do STJ que julgou e concedeu a segurança no RMS 44.795, a qual tornou sem efeitos a decisão do TCEMG que revogou a Súmula 102, gerando efeitos para além das partes litigantes, razão pela qual não há qualquer irregularidade na conduta do prefeito.

5 – Conclusão

A fim de atender ao objetivo geral deste trabalho, foi discutida, tendo como base legislação, doutrina e principalmente a jurisprudência, a forma de apuração do duodécimo do Poder Legislativo municipal, previsto no art. 29-A da CRFB/88. Para essa compreensão, foi necessário entender conceitos como divisão dos Poderes – Judiciário, Executivo e Legislativo – e suas competências, funções e autonomias.

Destaca-se que a questão discutida ainda é fonte de muita polêmica e questionamento em relação às receitas que compõem a base de cálculo para repasse do duodécimo às câmaras municipais. No entendimento atual do TCEMG, as verbas municipais concernentes ao Fundeb devem compor a base de cálculo a que se refere o art. 29-A da CRFB/88 para repasse ao Legislativo. No que diz respeito ao STJ, o seu entendimento é que os recursos do Fundeb não integram a base de cálculo para a transferência financeira ao Poder Legislativo municipal, tor-

nando, portanto, sem efeitos a decisão do TCEMG que revogou a Súmula 102 no julgamento do recurso especial no Mandado de Segurança 44.795 – MG. Cabe dizer que esse entendimento reflete decisão majoritária, havendo, portanto, posicionamentos contrários, os quais se baseiam em três pontos: no argumento legal de que a fixação do valor pelo art. 29-A da CRFB/88 ocorre sem estabelecer qualquer restrição, não podendo fazê-la o aplicador do Direito; no fato de o recurso do Fundeb ser apenas um registro contábil, não ocorrendo a sua "mera entrada provisória" no orçamento municipal, o que não implica a sua exclusão da base de cálculo; e, por fim, no entendimento de que a receita deduzida para a formação do Fundeb não é uma receita vinculada, mas antes uma receita tributária e/ou transferida que pertence aos municípios, e portanto, deve ser incluída no cálculo do duodécimo.

Frisa-se que a presente matéria foi objeto de interposição de recurso extraordinário contra a decisão do STJ, pelo TCEMG, o qual encontra-se pendente de julgamento e ainda não lhe foi atribuído efeito suspensivo. Diante da decisão do STJ, que anulou a decisão do TCEMG que permitia a inclusão dos recursos do Fundeb na base de cálculo do duodécimo, entende-se que os municípios devem repassar os recursos financeiros deduzindo da sua base de cálculo as verbas do Fundeb, pois as verbas que compõem esse fundo não estão compreendidas nas receitas tributárias, nem nas transferências que pertencem aos municípios.

O entendimento prevalecente está baseado em argumentos mais sólidos e condizentes com a própria realidade da administração pública, que, em cenário de crise fiscal no qual se encontra, necessita de adoção de medidas de austeridade e economicidade. Essas medidas normalmente impactam mais diretamente o Poder Executivo, muito embora seja esse o Poder responsável pelo atendimento das demandas por bens e serviços públicos.

Essa é uma discussão cuja centralidade perpassa alguns princípios orçamentários como o orçamento bruto e o da não vinculação das receitas, uma vez que o legislador não definiu como deveria ser realizado o cálculo do duodécimo. Considerando-se a natureza das atividades desempenhadas pelos Poderes, a entrega de bens e serviços para a sociedade à luz dos princípios constitucionais como eficiência e a busca pela economicidade inerente a essa ideia, o recurso público deve ser tanto quanto possível direcionado para provisão de políticas públicas e atendimento de demandas sociais, devendo ser salvaguardado o recurso para o financiamento da educação pelo Fundeb.

6 – Referências

BALLADORE PALLIERI, Giorgio. **Diritto costituizionale.** 4. ed. Milão: Giuffrè, 1955.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direto constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIONDINI, Isabella Virgínia Freire. **O arranjo federativo e o processo de descentralização**: o desafio da equidade horizontal entre os governos municipais. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro. Belo Horizonte, 2007. p. 133.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. atual.São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2006.

_____. Ministério da Fazenda. **Carga tributária no Brasil 2017**: análise por tributos e bases de incidência. Brasília: Ministério da Fazenda, 2018. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Presidência da República. **Observatório da equidade:** indicadores de equidade do sistema tributário nacional. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **STJ**: Superior Tribunal de Justiça. 2020. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Início. Acesso em: 18 abr. 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CINTRA, Antonio Octavio; BANDEIRA, Regina Maria Groba. **O Poder Legislativo na organização política brasileira**. 2005. Disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2385/poder_legislativo_cintraebandeira.pdf?sequence=1. Acesso em: 01 fev. 2019.

CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. São Paulo: Manole, 2004.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais. *In:* CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Educardo Faraco Braga (org.). **Federalismo fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **Fique por dentro**: sistema tributário nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Biblioteca Digital, 2019.

COSTA, José Rubens. **Manual do prefeito e do vereador**: com pareceres sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, subsídios, previdência e tributos. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DAIN, Sulamis. Federalismo e reforma tributária. *In*: AFFONSO, Rui de Britto; LIMA, Pedro Luiz B. de (org.). **A federação em perspectiva:** ensaios selecionados**.** São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 335-369.

FERREIRA, Pinto. **Código eleitoral comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LAGEMANN, Eugênio. O federalismo fiscal brasileiro em questão. *In*: AFFONSO, Rui de Britto; LIMA, Pedro Luiz B. de (org.). **A federação em perspectiva:** ensaios selecionados**.** São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 335-369.

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças públicas**: a política orçamentária no Brasil. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MATTOS NETO, Antônio José. Competência legislativa municipal sobre meio ambiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2014, p. 129-144, out./dez. 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. 2020. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** Jul-Ago-Set. 2011. V.80 – n.3 – ano XXIX.

_____. **Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: https://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/S%C3%BAmula/S%C3%BAmula%20102-06.pdf Acesso em: 20 abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PELLEGRINI, Josué. **Principais propostas de reforma tributária em tramitação no Congresso Nacional**. Brasília: Senado Federal, Instituição Fiscal Independente, 2019. (Nota técnica; 38). Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/

bitstream/handle/id/562755/NT38.pdf. Acesso em: 28 jan. 2020.

PEPPE, Atílio Machado *et al*. Reflexões sobre a Federação. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 157-182, jul./ago. 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIXEIRA, José Raimundo Barganha. **O atual desequilíbrio no sistema de repartição de receitas tributárias**. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2005. (Estudos). Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2005_1508.pdf. Acesso em: 02 set. 2019.

VALLE, Jaime. O princípio da lealdade institucional nas relações entre os poderes públicos: alguns aspectos gerais. **Academia**, [201-]. Disponível em: https://www.academia.edu/34073645/O_principio_da_lealdade_institucional. Acesso em: 24 out. 2019.