EDUARDO FRANCO CÂNDIA

Orçamento público e r*ent-seeking*: a despesa pública como norma jurídica

Tese de Doutorado

Orientador: Professor-Associado Doutor José Maurício Conti

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

EDUARDO FRANCO CÂNDIA

Orçamento público e *rent-seeking*: a despesa pública como norma jurídica

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Financeiro, sob a orientação do Professor-Associado Doutor José Maurício Conti.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cândia, Eduardo Franco

Orçamento público e *rent-seeking*: a despesa pública como norma jurídica / Eduardo Franco Cândia ;

orientador José Maurício Conti – São Paulo, 2017.

226

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Rent-seeking. 2. Despesa pública. 3. Direito Financeiro. 4. Norma jurídica. I. Conti, José Maurício, orient. II. Título.

EDUARDO FRANCO CÂNDIA

Orçamento público e *rent-seeking*: a despesa pública como norma jurídica

Tese apresentada à Universidade de São Paulo como exigência para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração: Direito Financeiro.

Orientador: Prof. Dr. José Maurício Conti.

São Paulo, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

_____

_____

São Paulo

2017

RESUMO

A partir de aportes da teoria estruturante do Direito, a presente tese procura entender a despesa pública como norma jurídica, que pode ser metodologicamente construída a partir do texto da Constituição Federal, bem como de elementos extralinguísticos, dando azo à respectiva norma de decisão da despesa pública. Desta forma, a despesa pública deixa de ser considerada mera fixação no orçamento público de um montante pecuniário destinado a determinada necessidade coletiva para ser concebida como norma jurídica a ser construída a partir de cada caso concreto, por exemplo, pelos órgãos de controle da atividade financeira do Estado. Nesse paradigma, o fenômeno *rent-seeking* e seus deletérios efeitos sociais, identificados pela Economia na década de 60 do século passado, tornam-se visíveis ao Direito Financeiro, deixando de ser irrelevantes jurídicos para a despesa pública, como desde sempre tem ocorrido. Desta forma, a tese propõe que, uma vez identificado o fenômeno *rent-seeking* (conduta e seus efeitos sociais negativos), deve haver consequências jurídico-financeiras, dentre elas, a inconstitucionalidade da decisão jurídica sobre a despesa pública anteriormente formalizada, bem como a responsabilidade financeira de gestores públicos e rentistas, com arrimo especialmente no princípio republicano, que deve espraiar sua significação na construção de toda e qualquer norma jurídica, especialmente aquela em que o Estado é um dos sujeitos da relação jurídica.

Palavras-chave: *Rent-seeking*. Despesa pública. Norma jurídica. Pós-positivismo. Orçamento público.

ABSTRACT

From the contributions of the structural theory of Law, this thesis seeks to understand public spending as legal standard, that can be methodologically built from the text of the Federal Constitution, as well as non-linguistic elements, giving rise to the standard of public spending decision. In this way, public spending is no longer considered mere on the public budget of a monetary amount destined to certain collective need to be conceived as legal standard to be built out of the individual case, for example, by financial activity control organs of State. In this paradigm, the phenomenon of rent-seeking and its social effects deleterious, identified by the Economy in the last century 60, become visible to the Financial Law, leaving to be irrelevant to legal public expenditure, since it always has occurred. In this way, the thesis proposes that, once identified the phenomenon of rent seeking (conduct and their negative social effects), there must be legal and financial consequences, among them, the unconstitutionality of the legal decision on public spending previously formalized, as well as the financial responsibility of public managers and rent-seekers, with especially the principle republican mainstay, which must spreading abroad its significance in the construction of any rule of law, especially one in which the State is one of the subjects of the legal relationship.

Keywords: Rent-seeking. Public expenditure. Legal standard. Post-positivism. Public budget.

RIASSUNTO

Dai cntributi della teoria strutturale della Legge, questa tesi cerca di comprendere la spesa pubblica come norma giuridica che possa essere costruito metodologicamente dal testo della Costituzione Federale, così come gli elementi non linguistici, dando luogo allo standard della decisione di spesa pubblica. In questo modo, spesa pubblica non è più considerata semplice sul bilancio pubblico di una somma di denaro destinata a determinate necessità collettiva di essere concepito come norma giuridica per essere costruito fuori del caso individuale, ad esempio, dagli organi di controllo di attività finanziaria dello Stato. In questo paradigma, il fenomeno del *rent-seeking* e dei suoi effetti sociali deleteri, identificato dall'Economia nel secolo scorso 60, diventano visibili alla Legge Finanziaria, lasciando per essere irrilevante alla spesa pubblica legale, dal momento che si è sempre verificato. In questo modo, la tesi propone che, una volta identificato il fenomeno dell'affitto che cercano (condotta e loro effetti sociali negativi), deve esserci conseguenze giuridiche e finanziarie, tra questi, l'incostituzionalità della decisione giuridica sulla spesa pubblica precedentemente formalizzati, nonché la responsabilità finanziaria degli amministratori pubblici e rentiers, con soprattutto il principio repubblicano cardine, che deve diffondere all'estero il suo significato nella costruzione di qualsiasi regola di diritto, specialmente quella in cui lo Stato è uno dei soggetti del rapporto giuridico.

Parole chiave: *Rent-seeking*. La spesa pubblica. Norma giuridica. Postpositivism. Bilancio pubblico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8
2 ECONOMIA E *RENT-SEEKING* 17
2.1 CONCEITO DE *RENT-SEEKING* 17
2.2 PROPENSÃO AO *RENT-SEEKING* NO BRASIL 55
3 DIREITO FINANCEIRO E *RENT-SEEKING* 71
3.1 UM OLHAR JURÍDICO SOBRE O *RENT-SEEKING* 71
3.2 A DESPESA PÚBLICA COMO NORMA JURÍDICA 75
3.2.1 Hipótese Normativa da Norma Primária da Despesa Pública 87
3.2.2 Consequente Normativo da Norma Primária da Despesa Pública 94
3.3 POR UM VERDADEIRO CONTROLE FINANCEIRO, OPERACIONAL E ORÇAMENTÁRIO: PREVENINDO E REPREENDENDO A *RENT-SEEKING* PARA PRESERVAR A NORMA JURÍDICA DA DESPESA PÚBLICA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA 101
3.4 DECISÕES DO TCU QUE PODERIAM TER AVANÇADO À ANÁLISE DA *RENT-SEEKING* 136
3.4.1 Benefício Tributário 136
3.4.2 Benefício Creditício 144
3.4.3 Governança Pública 156
3.5 ALERTAS (ART. 59 DA LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000) E MEDIDAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS (ART. 71 DA CF-88): PREVENINDO A TRANSFIGURAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA PELO *RENT-SEEKING* E FIXANDO O TERMO PARA A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO 158
3.6 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-FINANCEIRAS EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DA *RENT-SEEKING*: OS DENTES DO DIREITO FINANCEIRO 167
3.6.1 Inconstitucionalidade da Despesa Pública 167
3.6.2 Responsabilização Pessoal dos Rentistas e Gestores Públicos 173
4 CONCLUSÕES 186
REFERÊNCIAS 207

1 INTRODUÇÃO

A proposta desta tese não é simplesmente oferecer informações, mas arriscar reflexões jurídico-financeiras sobre o fenômeno *rent-seeking*, atentas ao fato de que o Direito, na democracia, não tem como sobreviver sem uma adequada teorização, de sorte que "o direito necessita de teorias que explicitem as condições para o adequado fornecimento de respostas (decisões) que estejam em conformidade com a Constituição" (STRECK, 2012, p. 35) e, no caso que nos propomos à análise, decisões jurídicas sobre a despesa pública que estejam em conformidade com a Constituição. Este, pois, é o mote que servirá como nosso guia.

Pois bem. Onde houver renda econômica, sempre haverá comportamentos humanos visando sua obtenção, manutenção ou expansão. A Economia, a partir da segunda metade do século XX, começou a mostrar que a renda econômica disponibilizada pelo Estado, em decorrência de sua intervenção no e sobre o domínio econômico, induzia um comportamento por parte de grupos econômicos no sentido de obter, aumentar ou simplesmente preservar o acréscimo pecuniário já conquistado.

Mais do que isso: a teoria econômica concluiu que tais comportamentos, denominados '*rent-seeking*', por ANNE O. KRUEGER (1974), necessariamente gerariam *perdas sociais* (v.g. diminuição do crescimento econômico a longo prazo; compras/obras/serviços públicos de baixa qualidade com preços elevados; menoscabo à livre-concorrência; precariedade nas inovações; prejuízos a consumidores; baixa competitividade), uma vez que todo esforço e energia para a obtenção dessa renda estariam voltados exclusivamente para sua simples transferência, em vez de produção de novas riquezas, desperdiçando bens materiais e imateriais.

Assim, a Economia percebeu que esses comportamentos, voltados exclusivamente para a transferência da riqueza disponibilizada pela intervenção estatal, teriam um (altíssimo) custo, arcado por toda coletividade, enquanto os benefícios dessas rendas ficariam privatizados nas mãos dos grupos econômicos que obtiveram êxito em sua busca, expansão ou manutenção.

Para os fins da presente tese, o problema que se apresenta é bastante claro: será que o Direito Financeiro também pode observar o fenômeno *rent-seeking*

identificado pela Economia? Se sim, como poderia ser realizada essa observação a partir de uma análise jurídica e quais seriam as possíveis consequências no plano do Direito Financeiro?

Em outras palavras: seria o comportamento *rent-seeking* um problema exclusivo da Economia, não tendo qualquer relevância jurídico-financeira ou poderia haver alguma reação deste ramo do Direito quando da efetiva ocorrência deste fenômeno econômico num caso concreto?

O comportamento *rent-seeking* guarda uma relação íntima com o orçamento público e, mais especificamente, com o gasto público, orçamentário ou não (v.g. benefícios tributários e creditícios).

Primeiro, porque o orçamento público é a concretização de um planejamento e, justamente, nele estão previstos os recursos públicos que irão arcar com as mais variadas necessidades coletivas.

Para o atendimento de qualquer necessidade coletiva haverá dispêndio de dinheiro público, ou seja, todo e qualquer direito tem um custo (HOMES; SUSTEIN, 2000), independentemente de sua dimensão (ou geração), e é precisamente o orçamento público que, como regra, *fixa os custos dos direitos*.

A lei orçamentária é o verdadeiro mapa das despesas de capital (investimentos, obras públicas, inversões financeiras etc.), ou seja, da rota de investimentos que cada pessoa política fará no decorrer do ano (Constituição Federal de 1988 – CF-88 –, art. 165, § 5º).

Sendo assim, o orçamento público torna-se para os grupos de interesses um indicativo relativamente seguro para saber onde o Estado fará seus investimentos, aplicará seus recursos públicos e, portanto, poderá revelar em quais contextos tais grupos poderão eventualmente entabular vultosos contratos administrativos e, por consequência, obter rendas econômicas do Estado, fazendo seus planejamentos antecipadamente.

O orçamento público pode ser considerado um verdadeiro farol para comportamentos de *rent-seeking*. Tomamos, aqui, a expressão “orçamento público” em sua acepção mais lata, de modo a açambarcar, além da Lei Orçamentária Anual (LOA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), o Plano Plurianual (PPA) e os instrumentos de flexibilidade orçamentária (v.g. créditos adicionais; limitação de empenho e movimentação financeira).

Com efeito, na organização de suas finanças públicas, o Brasil adota três leis orçamentárias: PPA, LDO e LOA, que se entrelaçam com o fito de estabelecer uma política de programação da atividade financeira do Estado, cumprindo com a técnica denominada orçamento-programa, expressamente acolhida pela legislação brasileira (art. 1 da Lei n. 4.320/64 e art. 16 do Decreto-Lei n. 200/67), numa mudança inequívoca da concepção clássica do orçamento como mera peça contábil de previsão de receitas e fixação de despesas (CONTI, 2006, p. 57-64), pelo menos formalmente.

Realmente, o planejamento da ação governamental é instrumento fundamental para realização dos objetivos elementares do Estado brasileiro, previsto no art. 3 da Constituição Federal (CF), sendo concretizado justamente por meio das leis orçamentárias, que possibilitam a edificação do sistema jurídico que arrima o planejamento da Administração Pública (CONTI, 2010, p. 40-41).

Registre-se que não há propriamente hierarquia entre PPA, LDO e LOA, pois cada uma tem, constitucionalmente, conteúdo próprio (FARIA, 2011, p. 684-688).

Todavia, a ausência de hierarquia não dispensa a necessária harmonia e compatibilidade que deve haver entre essas leis (CATAPANI, 2011, p. 249), o que, aliás, está explícito na CF-88 (art. 165, § 7º, art. 166, § 3º, inciso I e § 4º).

A coordenação (e não subordinação) que deve haver entre as leis orçamentárias implica em que as previsões do PPA condicionem a elaboração da LDO, que, por sua vez, delimita os parâmetros da LOA (CONTI, 2010, p. 51), o que, todavia, não vem ocorrendo na prática por uma série de fatores (CONTI, 2016, p. 73-76; TOLLINI, 2016, p. 115-148; MENDES, 2008), tornando a LOA “a peça mais importante do processo, deixando de ser um desdobramento natural de um processo de planejamento que se inicia no PPA e passa pela LDO” (MENDES, 2008) e transformando o PPA em uma mera formalidade legal para a aprovação do orçamento, “conduzida a reboque da execução cotidiana do orçamento“ (MENDES, 2008).[1]

De todo modo, há um entrelaçamento horizontalizado entre PPA, LDO e LOA.

---

[1] De acordo com MARCOS MENDES,

> em vez de ser um documento com intenções do governo quanto às suas realizações nos próximos anos, que destacasse as principais linhas de ação; o PPA foi ganhando o aspecto de um ‘orçamento para quatro anos‘, sendo excessivamente detalhado, descendo ao nível das ações governamentais, reproduzindo aquilo que deveria constar apenas no orçamento. (MENDES, 2008.)

Nesse sentido, o PPA estabelece o planejamento estratégico de médio prazo da Administração Pública, a LOA disciplina o planejamento operacional a ser executado e a LDO um planejamento de curto prazo ou tático (SILVA, 2011, p. 756), servindo, também, como um elo (ou conexão) necessário(a) entre o PPA e a LOA (PALUDO, 2012, p. 69; PASCOAL, 2009, p. 37-44; JUND, 2008, p. 67-74).

O PPA, criado pela CF-88, é atualmente o principal instrumento jurídico de planejamento do governo, mormente ante a inexistência de planos nacionais (CONTI, 2016, p. 77), sendo indispensável para se iniciar qualquer gerenciamento minimamente sério dos recursos públicos.

Com efeito, “um bom planejamento, dotado de clareza e transparência, é imprescindível para uma gestão eficiente e uso proveitoso dos recursos públicos”, muito embora nem sempre clareza e transparência interessem àqueles que estão no alto comando da Administração Pública, permitindo que façam um papel de “bom moço”, agradando a gregos e troianos, sem deixar claras as prioridades (CONTI, 2016, p. 75).

É especificamente o PPA e a LDO que devem guiar da LOA. De acordo com JOSÉ MAURÍCIO CONTI, o PPA “trata-se de documento de fundamental importância não só para a Administração Pública, mas também para toda a sociedade, para os demais entes federados, o setor privado, o terceiro setor, enfim a todos e a cada um de nós” (CONTI, 2016, p. 74). Evidentemente, também para os *rent-seekers* de plantão.

A LOA, por seu turno, fixando despesas públicas e, correlatamente, prevendo as respectivas receitas públicas, torna-se informação preciosa para futuras decisões dos mais variados grupos de interesses no direcionamento de suas condutas *rent-seeking*, no intuito, portanto, de obter eventuais rendas econômicas decorrentes da intervenção estatal no domínio econômico.

Como cediço, a despesa pública submete-se a um procedimento complexo que, como regra, tem início com sua previsão no orçamento público (alocações orçamentárias) para depois percorrer todo um *iter* próprio até o efetivo pagamento. Até o desembolso final da quantia, provavelmente haverá uma corrida entre os possíveis interessados na obtenção de eventuais rendas econômicas.

Essa competição pode dar azo a comportamentos *rent-seeking* que, ao fim e ao cabo, como será visto, pode acabar transfigurando a própria despesa pública,

formal e contabilmente fixada no orçamento público. É exatamente para essa transfiguração que miramos nosso olhar nesta tese, mostrando que o Direito Financeiro não apenas tem algo a dizer sobre o comportamento *rent-seeking*, mas tem grande *força normativa*, que se funda na CF, para evitar ou reparar o mal social causado pelos *rent-seekers*.

Um diagnóstico preciso de *rent-seeking* pode mostrar que o Direito a ser concretizado pela despesa pública teve um *custo excessivo*, muitíssimo além daquele formalmente indicado no orçamento público. Pior que isso: toda a diferença entre o custo da necessidade pública, fixado no orçamento ou em políticas públicas custeadas por benefícios tributários e creditícios, e aquele efetivamente comprovado pela ocorrência da *rent-seeking* vai para a conta de todos, indistinta e difusamente.

Considerando o atual estado da arte do Direito Financeiro e, principalmente, dos estudos pós-positivistas, este ponto não pode mais (continuar a) ser menosprezado pelo Direito Financeiro.

O problema da *rent-seeking*, portanto, não está propriamente na alocação do recurso público, ou seja, na escolha trágica que sempre existe e existirá à vista da limitação de recursos e da infinidade de necessidade coletivas. A questão precisa está no fato de essas necessidades, que, em tese, deveriam ser atendidas nos limites das despesas públicas fixadas na lei orçamentária – exatamente por isso, há previsão legal dos instrumentos de flexibilidade orçamentária, que, como cediço, devem ser usados sempre com moderação (CONTI, 2016) –, tornam-se *excessivamente custosas para a sociedade*, desbordando o *quantum* previsto no orçamento público.

Para esta mirada que propomos, é imprescindível ir além do dualismo objetivista-subjetivista que ainda é bastante presente na dogmática do Direito Financeiro. É preciso dar o salto para o pós-positivismo com os pés no Estado Constitucional, o que faremos com arrimo na teoria de FRIEDRICH MÜLLER. Nosso intuito é, acima de tudo, apresentar uma proposta para pensar o Direito Financeiro a partir desse paradigma pós-positivista, sem fechar os olhos para o comportamento *rent-seeking*.

Fazer com que o Direito Financeiro considere o comportamento *rent-seeking* no controle da norma jurídica da despesa pública é não cindir Direito e realidade. Para isso, devemos retirar a fenda dos olhos do Direito Financeiro e ir além do

objetivismo próprio do positivismo exegético, mas, ao mesmo tempo, não se perder na discricionariedade subjetivista da *jurisprudência dos interesses* ou dos *valores*. Enfim, é preciso ir além dos custos formais por trás das despesas públicas, para que resplandeça toda a faticidade da complexa realidade na construção da norma e da decisão jurídica da despesa pública, com todas as externalidades, sejam positivas, sejam negativas.

Assim, já nos antecipamos ao afirmar que o Direito Financeiro não só pode como *deve* observar comportamentos *rent-seeking,* prevenindo-os ou reprimindo-os, com as respectivas responsabilidades.

Trata-se de tema que, por ser absolutamente atual em uma sociedade como a brasileira, pode acarretar consequências jurídicas das mais graves: a inconstitucionalidade da norma jurídica da despesa pública. É um dos pontos que pretendemos mostrar nesta tese.

A temática, pois, nos remete ao chamado ‘controle de qualidade’ ou ‘eficiência do gasto público’ ou, mais especificamente, de como o Direito Financeiro tem abordado os critérios de economicidade e eficiência da despesa pública, aspectos que, ao nosso sentir, compõem a relação jurídica instaurada no consequente da norma jurídica da despesa pública e, assim, não pode, jamais, escapar da respectiva norma de decisão, sob pena de ofensa ao texto constitucional.

Em outras palavras e frisando com tintas fortes: a CF não autoriza despesa pública antieconômica ou ineficiente, sendo que a necessidade de se atender ao binômio economicidade-eficiência faz parte da própria relação jurídica contida no prescritor da norma da despesa pública, que deve ser construída não apenas pelos gestores que tomam as decisões jurídicas sobre o gasto público, mas também pelos órgãos de controle, externo e interno, da atividade financeira do Estado.

Esse aspecto descortina um novo mundo para o exercício da atividade de controle das finanças públicas e, correspectivamente, redobra a responsabilidade dos órgãos competentes, com a necessidade de expedir decisões jurídicas sobre despesa pública metodologicamente controláveis a partir de fundamentações exaustivas e racionais, sempre adequadas constitucionalmente.

Com efeito, será que havendo a comprovação de conduta *rent-seeking* o gasto público atenderia a tais critérios previstos no art. 70, *caput* da CF-88 e passaria no teste de constitucionalidade? Em uma república que se intitula ‘Estado

Democrático de Direito' haveria espaço para gasto público que fosse antieconômico ou ineficiente?

As indagações nos conduzem à reflexão sobre que tipo de controle de qualidade do gasto público nós queremos: algo formal e restrito às contabilidades quase sempre criativas; ou algo substancial, republicano e verdadeiramente comprometido com resultados e benefícios *coletivos*?

Nossa investigação, portanto, gira em torno de *se* e *como* o Direito Financeiro pode eventualmente reagir diante de comportamentos de captura de recursos públicos contabilizados no orçamento público como despesa pública, que ocasionam perdas sociais custeadas por toda a sociedade, mas que acabam passando totalmente despercebidas, especialmente pelos órgãos que realizam o controle da atividade financeira do Estado.

No comportamento *rent-seeking* não há qualquer preocupação com a geração de riqueza, mas tão somente com a transferência da quantia fixada a título de despesa pública (renda econômica) para grupos ou indivíduos privilegiados. E mais: nesse comportamento, as externalidades negativas superam as positivas e eventual perda social acaba ficando a cargo da sociedade às custas do orçamento público, numa clara atitude antirrepublicana.

Para a abordagem do tema, cuidaremos exclusivamente da questão da *rent-seeking* no âmbito *público,* já que esse mesmo comportamento pode ser observado também nas relações privadas (EDLIN & STIGLITZ, 1995; SCHARFSTEIN & STEIN, 2000, p. 2.527-2.564; GLAZER, 2002, p. 155-62; LINDBECK & SNOWER, 1987, p. 407-416; CONGLETON, 1989, p. 662-672; MÜLLER & WÄRNERYD, 2001, p. 527-541).

A despeito do título desta tese, os exemplos não ficarão restritos aos casos de despesas fixadas no orçamento público (v.g. casos de contratos administrativos para prestação de serviços públicos ou construção de obras), mas mostraremos que há igualmente campo propício para *rent-seeking* nos chamados 'benefícios creditícios' (concessão de créditos subsidiados) e 'benefícios ou gastos tributários' (*tax expenditure*). A despeito da relevantíssima materialidade (volume) de tais benefícios e de seus custos correrem ao largo do orçamento público (*off-budget expenditure*), não deixam de ser verdadeiras *despesas públicas*.

Essas situações (contratos administrativos, benefícios creditícios e tributários)

servirão tão somente para que possamos mostrar que por trás de vultosos gastos públicos *pode* estar presente a atividade *rent-seeking*, o que, segundo nosso olhar, teria o condão de macular a norma jurídica da despesa pública.

Optamos em dividir o trabalho em dois capítulos. O capítulo 2 abordará o comportamento *rent-seeking* na Economia, já que foi especificamente nesta seara que houve sua identificação, bem como o reconhecimento de suas perversas consequências sociais. Mostraremos a opinião de diversos economistas sobre o tema para, ao final, apresentarmos uma definição de *rent-seeking*, afastando o conceito de outros assemelhados (v.g. *free riding, lobbying, profit-seeking*, corrupção, captura/cooptação pelo mercado, improbidade administrativa) e colocando o acento da definição, especificamente, nas perdas sociais ocasionadas, o que permitirá a conclusão, por exemplo, de que nem toda atividade de *lobbying,* nem toda corrupção, necessariamente, configura *rent-seeking*. Ainda neste capítulo, mostraremos brevemente o comportamento *rent-seeking* no contexto brasileiro. No capítulo 3, o foco volta-se para o Direito e, mais especificamente, como o Direito Financeiro pode observar o comportamento *rent-seeking*. Assim, não será objeto desta tese, por exemplo, eventuais consequências jurídicas *fora* do Direito Financeiro que o mesmo comportamento *rent-seeking* possa envolver na prática (v.g. na seara criminal: corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha, organização criminosa etc.; na seara civil-administrativa: atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992); na seara civil: responsabilidade civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica tomadora da renda obtida por comportamento *rent-seeking* – Lei Federal n. 12.846/2013).

Não temos a menor dúvida de que o comportamento *rent-seeking* tem grande potencialidade, também, de ocasionar repercussões em outros ramos do Direito, mas nos restringiremos a mostrar como esta prática pode repercutir *no* Direito Financeiro.

Para essa análise, partiremos da premissa de que a despesa pública deve ser observada normativamente, ou seja, a partir da construção de uma norma jurídica da despesa pública que tenha como base o que chamamos de ‘tripé constitucional da despesa pública’ (art. 1, art. 3 e art. 70 da CF-88).

Estamos convencidos da existência de um desenho constitucional da despesa pública que não pode ser escanteado durante o desenvolver da atividade financeira

do Estado. Trata-se de um verdadeiro *direito fundamental*, pertencente a todas as pessoas, indistintamente, presentes e futuras, portanto, um direito difuso fundamental, resguardado pelo núcleo duro da Constituição (art. 60, § 4º da CF-88).

Esta proposta nos conduzirá à análise do consequente normativo da relação jurídica que se instaura entre o titular da despesa pública (Administração Pública direta ou indireta) e aquele que, efetivamente, obteve o recurso público vinculado àquela despesa pública.

Analisaremos alguns acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) que tratam especificamente de renúncia tributária, benefícios creditícios e governança pública em geral, tudo para verificarmos como a norma jurídica da despesa pública (não) está sendo levada a sério pelos órgãos de controle externo da atividade financeira do Estado.

Na sequência, pontuaremos que os alertas (art. 59 da Lei Complementar n. 101, de 2000) e as medidas cautelares pelos Tribunais de Contas (art. 71 da CF-88) podem exercer um papel muito importante na prevenção da transfiguração da norma jurídica da despesa pública pelo *rent-seeking* ou, em termos normativos, evitar sua inconstitucionalidade.

Por fim, apontaremos as consequências do *rent-seeking* para o Direito Financeiro.

Consideramos que se determinado recurso público, relacionado a específica despesa pública (v.g. contrato administrativo, benefício creditício ou tributário) foi obtido através de um comportamento *rent-seeking* ocorrerá a inconstitucionalidade da norma jurídica da despesa pública, especificamente por ferir aspectos da economicidade e eficiência da despesa pública (CF-88, art. 70, *caput*), ocasionando repercussões tanto para os gestores públicos como para aquele que obteve a renda econômica.

Esperamos que, ao fim e ao cabo, possamos apresentar uma contribuição inovadora, ainda que minimamente, para que o *rent-seeking* saia da sombra das lentes do Direito Financeiro, e este possa mostrar sua pujança normativa, sempre concretizando o texto constitucional e o direito fundamental à higidez da despesa pública.

2 ECONOMIA E *RENT-SEEKING*

No presente tópico, procuraremos apresentar uma definição do comportamento *rent-seeking*, a partir de uma compilação de entendimentos de diversos economistas sobre o tema.

2.1 CONCEITO DE RENT-SEEKING

Inicialmente, cabe-nos desde logo esclarecer que, no limite das observações desta tese, não há qualquer pretensão (nem tentativa) de se enveredar para a resolução das intrincadas e controvertidas questões econômicas que envolvem a atividade *rent-seeking*, por exemplo, mensurar ou propor qualquer metodologia para determinação das perdas sociais necessariamente decorrentes dessa atividade.

Pois bem. *Rent-seeking* foi pioneiramente identificado pela Economia e, até hoje, a literatura econômica não conseguiu responder adequadamente a muitas das difíceis questões que o tema implica (por exemplo, definir a linha exata entre *rent-seeking* e *profit-seeking*).

Conforme RAJAGOPALAN (1996, p. 25):

> There are several unresolved issues in and uneasy responses to the rent-seeking literature. Intuitively, rent-seeking activities seem morally objectionable as they are typically presumed to promote transfers from the consumers/the poor/the small, as the case may be, to the producers/the rich/the powerful. They may distort the economy and thus diminish welfare through inefficient resource allocation. They divert scarce resources from productive activities. But how do we draw a line between profit-seeking and rent-seeking in a concrete case? How can one classify activities into productive and unproductive categories? How to define waste? Is the entire rent really fully dissipated in reality? If so, what are the concrete mechanisms of rent dissipation?

Nossa análise será eminentemente *jurídica*, mais especificamente, jurídico-financeira, já que, como veremos, condutas *rent-seeking* podem eventualmente ter repercussões em outros ramos do Direito, como no Direito Penal (v.g. crimes contra a Administração Pública) e no Direito Administrativo (v.g. infrações administrativas e responsabilidade civil do Estado).

Desse modo, não vamos nos enveredar por análises econômicas para, por exemplo, classificar atividades em produtivas e improdutivas, definir

quantitativamente o gasto social ou saber se toda a renda realmente é dissipada por completo. Estas são questões que a Economia deve enfrentar.

O Direito, quando muito, pode se valer dessas análises econômicas para que gestores públicos possam tomar decisões menos arriscadas e órgãos administrativos possam exercer, de forma minimamente adequada, o controle da economicidade e da eficiência de toda e qualquer despesa pública, nos termos exigidos pelo art. 70, *caput* da CF.

Todavia, não há como se furtar de apresentar, ainda que de passagem, os contornos da atividade *rent-seeking* para que, num segundo momento, adentremos na temática especificamente jurídica e vejamos como esses dois sistemas (Direito e Economia) podem dialogar por meio da norma jurídica da despesa pública.

O termo '*rent-seeking*' foi cunhado pela primeira vez em 1974 por ANNE KRUEGER (TULLOCK, 2005, p. 25), em um trabalho publicado na American Economic Review, cujo enfoque voltava-se para as economias do Terceiro Mundo, especificamente para Índia e Turquia (KRUEGER, 1974, p. 291-302), onde as intervenções estatais na economia eram extensas. Todavia, GORDON TULLOCK já havia efetivamente inaugurado a literatura econômica moderna sobre o tema, em artigo publicado quase uma década antes (TULLOCK, 1967, p. 224-232).

De acordo com TULLOCK, a partir da descoberta e definição do conceito de *rent-seeking* como sendo o desembolso de recursos por indivíduos e grupos de interesse na obtenção de rendas criadas pelo Estado, seguiu-se um florescimento dessa investigação, de modo que ideias relevantes começaram a difundir em toda a Economia.

Para HOLSEY e BORCHERDING, desde o final de 1950, vários economistas estavam questionando a visão ingênua de que o governo era um benevolente servidor dos indivíduos. Tal questionamento, desenvolvido pela chamada Escola da Puclic Choice, seria fruto do deslocamento do foco da análise para aquilo que os autores chamam de "the dark side of collective decision making", ou seja, o *rent-seeking* (HOLSEY & BORCHERDING, 1997, p. 575).

Reforçando a ideia desse questionamento da Escola da Public Choice, GIÁCOMO BALBINOTTO NETO (1998) esclarece que:

> A contribuição original de Tullock (1967) foi a de modificar tal interpretação, salientando que as análises anteriores ignoravam os custos na busca das

> rendas criadas pela intervenção governamental. Segundo ele, o processo de competição por rendas criadas através do processo político resultante da intervenção governamental na economia iria levar a uma dissipação das mesmas, sem, contudo, implicar num aumento do bem-estar.
> [...]
> Assim, vemos que o trabalho de Tullock (1967) teve uma importância fundamental para o surgimento de uma nova abordagem para se avaliar, tanto do ponto de vista teórico como empírico, os custos reais da intervenção governamental. Seu trabalho permitiu e chamou a atenção para os efeitos perversos que decorrem para a sociedade quando se tem uma estrutura institucional que induz, não a acumulação de capital, inovação tecnológica e criação de valores, mas sim de atividades consideradas predatórias.

É muito interessante a analogia que TULLOCK faz entre os custos sociais da atividade de um ladrão (*economics of theft*) e da atividade privada de buscar determinada renda econômica disponibilizada pelo Estado, em razão da intervenção *na* e *sobre* a Economia, para mostrar que os métodos até então disponíveis – especialmente o desenvolvido por HARBERGER (1959, p. 134-146), através dos seus conhecidos triângulos – subestimavam os custos sociais de tarifas e monopólios (TULLOCK, 1967, p. 228).

TULLOCK afirma que:

> Theft, of course, is a pure transfer, and therefore might be assumed to have no welfare effects at all. Like a lump sum tax, it produces no welfare triangle at all, and hence would show a zero social cost if measured by the Harberger method. This would, of course, be incorrect. In spite of the fact it involves only transfers, the existence of the theft has very substantial welfare costs. Our laws against theft do not deal with a trivial and/or unimportant problem any more than our laws against monopoly. […] The total social cost of theft is the sum of the efforts invested in the activity of theft, private protection against theft, and the public investment in police protection. The theft itself is a pure transfer, and has no welfare cost, but the existence of theft as a potential activity results in very substantial diversion of resources to fields where they essentially offset each other, and produce no positive product. […] A successful bank robbery will inspire potential thieves to greater efforts, lead to the installation of improved protective equipment in other banks, and perhaps result in the hiring of additional policemen. These are its social costs, and they can be very sizable. (TULLOCK, 1967, p. 228 e 231.)

Em relação ao custo social para obtenção de monopólios, naquela época TULLOCK já afirmava que provavelmente muito desse custo ficaria espalhado pelas empresas que não possuem o monopólio, mas que, igualmente, empregaram recursos na esperança de ter um; de sorte que na apuração do custo social deve-se levar em conta não apenas os recursos aplicados de quem obteve efetivamente o monopólio, mas de todos aqueles que tentaram obter e não conseguiram, ou seja,

tanto dos que tiveram como daqueles que não tiveram êxito na obtenção da renda disponibilizada pelo Estado (TULLOCK, 1967, p. 232).

De todo modo, é importante ressaltar que, mesmo antes dessa nova abordagem teórica, iniciada por TULLOCK, conforme observa GIÁCOMO BALBINOTTO NETO, "podem ser encontradas referências à atividade de *rent-seeking* e de análises desta atividade desde o final do século XVII e início do século XIX, tomando por base principalmente os trabalhos de ADAM SMITH (1776) – *A riqueza das nações* – e de JEAN-BAPTISTE SAY (1803) – *Tratado de Economia Política*".

Podemos afirmar que a inovação de TULLOCK em relação ao tema foi exatamente colocar a tônica do comportamento *rent-seeking* nos custos sociais ocasionados para obtenção e/ou manutenção da renda econômica oriunda a partir da intervenção do Estado sobre o domínio econômico. Em outras palavras: a contribuição de Tullock foi mostrar que também são gastos recursos para se obter privilégios, portanto, tais gastos diminuem os ganhos líquidos do beneficiário e causam ineficiência.

GIÁCOMO BALBINOTTO NETO (1998) afirma que:

> A partir dos trabalhos seminais de Tullock (1967), Krueger (1974) e Posner (1975) temos o surgimento de um novo programa de pesquisas, que adota os pressupostos do comportamento maximizador por parte dos indivíduos e/ou grupos de pressão na busca de rendas monopolistas e transferências, mas que pode levar ao desperdício e à destruição de riqueza ao invés de sua criação.

Para MARCOS FERNANDES GONÇALVES DA SILVA (2004, p. 127-128),

> há, em diversos exemplos de atividade *rent-seeking*, competição entre grupos que buscam garantir privilégios em diversos setores da economia, isto é, agentes organizados em ações coletivas tentam, na medida do possível, conquistar privilégios e transferir renda de outros grupos. Entretanto, somente alguns agentes ou grupos de agentes conquistarão seus privilégios; o resultado final implica um desperdício de recursos econômicos. O custo associado à atividade caçadora de renda tem uma dimensão qualitativa importante. Muitos talentos são alocados nessas atividades, que, apesar de improdutivas, são altamente rentáveis, fazendo com que as transferências de renda dentro da sociedade tendam a penalizar os talentos alocados em atividades produtivas: há, portanto, um elevado custo de oportunidade para esses últimos.

Conforme já sustentava JAMES BUCHANAN, em 1980, enquanto o termo *rent-seeking* surgiu na teoria econômica aplicada apenas em 1970, o comportamento que

o descreve tem estado conosco desde sempre, não havendo claramente qualquer sinal de que desaparecerá (BUCHANAN, 1980, p. 3).

O comportamento *rent-seeking* se tornou mais importante em razão de mudanças institucionais que abriram oportunidade para tanto, o que não havia no século XIX e início do século XX (BUCHANAN, 1980, p. 3).

Segundo BUCHANAN, para se aproximar da ideia de *rent-seeking*, deve-se ter em mente o conceito de renda da teoria econômica, ou seja, *renda econômica*. Nesse sentido, renda econômica pode ser definida como

> the part of the payment to an owner of resources over and above that which those resources could command in any alternative use. […] So long as owners of resources prefer more to less, they are likely to be engaged in rent-seeking, which is simply another word for profit-seeking. (BUCHANAN, 1980, p. 3.)

BUCHANAN diferencia o *profit-seeking* do *rent-seeking* não propriamente em relação à conduta em si, mas às respectivas *consequências sociais*. No primeiro caso (*profit-seeking)*, a busca de rendas (maximização de retornos) a partir da capacidade das pessoas e oportunidades pode ser *socialmente benéfica*; no segundo (*rent-seeking)*, a mesma conduta, mas em um ambiente institucional diferente, pode não produzir consequências benéficas socialmente, gerando "waste rather than social surplus" (BUCHANAN, 1980, p. 4, 8 e 11).

Nesta mesma linha de entendimento, SANFORD IKEDA pondera que:

> [...] Unlike profit-seeking, rent-seeking doesn't create wealth, it merely transfers it from one party to another. Whoever wins rents by using political means may be better off, but others, potential competitors, but more importantly consumers, will be made decidedly worse off. The latter will pay higher prices, get poorer quality, or have fewer choices because political means are quite effective in discouraging rival entrepreneurs. The results of rent-seeking also stifle the competitive discovery process, so that consumers are less likely to become aware of more efficient methods or better providers. (IKEDA, 2003.)

Seguindo também este raciocínio, RAJAGOPALAN observa que, ao contrário do comportamento *rent-seeking*, "profit-seeking activities of entrepreneurs improve welfare through creation of new products, markets, processes, and organizational forms" (RAJAGOPALAN, 1996).

HUGO BORSANI aponta que pela expressão *profit-seeking*

> faz-se referência à busca de lucros incrementando a produção de algum bem ou serviço, típica atividade empresarial. Na procura por novas oportunidades que proporcionem um maior lucro, a atividade empresarial *profit-seeking* gera um processo de realocação de recursos que possibilita crescimento econômico. (BORSANI, 2004, p. 116-117.)

A diferença entre *profit* e *rent-seeking* revela que a busca da renda, em si, *não é* algo pernicioso. Aliás, no caso do Brasil, a CF expressamente permite não só a busca mas a expansão (aumento) de lucros, vedando tão somente a *arbitrariedade* desse aumento (CF-88, art. 173, § 4º).

Por outro lado – e aqui reside a maior problemática –, traçar uma linha segura que faça a distinção entre *rent-seeking* e *profit-seeking* é uma das questões mais controvertidas do tema, que a Economia ainda não conseguiu resolver. Talvez porque essa distinção não se resolve, ao nosso sentir, de forma abstrata, mas sempre e necessariamente levando-se em conta *cada situação em concreto vivenciada*, ou seja, considerando as especificidades fáticas contextuais de cada renda concretamente obtida pela intervenção do Estado na Economia. Afinal, para se aferir o *rent-seeking*, parece-nos que, mais do que nunca, cada caso é um caso.

ROGER CONGLETON observa que o foco da literatura nessa seara tem sido basicamente exemplos do que ele chama de *rent-seeking* burocrático, que é justamente a busca de favores ou de posições em importantes agências, sendo um tema geral dessa abordagem o fato de que poderes monopolistas sejam socialmente ineficientes, inclusive em decorrência de desperdícios de recursos na tentativa de estabelecer posições nas quais rendas monopolistas possam ser obtidas ou evitadas (CONGLETON, 1980, p. 154).

Arremata o autor afirmando que “a proper statement of the general thrust of the rent-seeking literature would be that *some kinds of competition are preferable to others*” e assim é exatamente em razão do montante da renda econômica disponibilizado para o ganhador de cada competição.

Desse modo, conclui que essa abordagem do comportamento *rent-seeking* parece ser uma ferramenta natural para examinar e comparar processos competitivos que se diferem em razão da rivalidade e/ou das diretrizes institucionais sob as quais o processo competitivo ocorre, sendo importante que sejam respondidas as seguintes questões para saber, de um modo geral, se a competição é socialmente benéfica ou não: os recursos são simplesmente transferidos? São transformados em bens de menor valor e, em caso positivo, esse processo de

transformação ocasiona algum efeito de benefício ou custo? (CONGLETON, 1980, p. 155 e 177.)

A importância de investigar o comportamento *rent-seeking* reside justamente no fato de que tais condutas se constituiriam em um dos principais obstáculos ao crescimento econômico e à prosperidade das nações, pois os recursos que poderiam ser direcionados a uma atividade que produzisse riqueza e utilidade são deslocados tão somente para a busca de transferências, privilégios e de rendas (BUCHANAN, 1980, p. 4; PARKIN, 1993, p. 13; HILLMAN, 1998, p. 220).

De acordo com GIÁCOMO BALBINOTTO NETO:

> O estudo das rendas econômicas, sua origem, implicações e consequências para a atividade econômica tem sido realizadas desde o início do século XIX, principalmente a partir do trabalho pioneiro de David Ricardo (1817). Contudo, uma das mais recentes manifestações da ideia de renda é a análise da renda econômica quando ela é criada não a partir de uma demanda excessiva sobre um recurso fixo como a terra, mas devido à intervenção do Estado na economia nos mais diversos campos e ao comportamento dos indivíduos e grupos de pressão num contexto de alocação política dos recursos. (BALBINOTTO, 2000, p. 38.)

Renda econômica é uma medida de poder do mercado (*market power*), ou seja:

> the difference between what a factor of production is paid and how much it would need to be paid to remain in its current use. A soccer star may be paid $ 50,000 a week to play for his team when he would be willing to turn out for only $ 10,000, so his economic rent is $ 40,000 a week. (BISHOP, 2004, p. 224.)

Portanto, para se compreender o comportamento *rent-seeking* da forma como estudado pela Economia, é primordial entender o conceito econômico de renda. Segundo MARCOS MENDES,

> se algum produtor conseguir um lucro acima do normal, diz-se que ele está recebendo uma ‘renda’, ou seja, um valor acima do retorno normal esperado para a sua atividade. [...] ‘Renda’ ou ‘renda econômica’ é, portanto, o montante que um fator de produção (capital, trabalho, terra) recebe acima do valor que seria suficiente para manter esse fator em sua atual ocupação. (MENDES, 2014.)

A ideia, assim, é a seguinte: se o lucro *normal* – entendido este como o valor que determinado empresário recebe por ter empregado seu tempo e seu capital na

organização e gestão de sua fábrica – de uma determinada empresa é R$ 10,00 por unidade e o empresário consegue a realização da venda por R$ 12,00, diz-se que ele está recebendo uma *renda econômica* de R$ 2,00 por unidade, ou seja, “um retorno acima daquele necessário para estimulá-lo a fabricar e vender” (MENDES, 2014). Logo, a renda econômica é o lucro *adicional*, o ganho *extra*, o retorno *acima* daquele necessário para estimular a empresa à produção.

De acordo com DAVID R. HENDERSON:

> Isto significa o pagamento para um fator de produção a mais do que é necessário para manter este fator no uso atual. Então, por exemplo, se eu estou sendo pago 150 mil dólares no meu emprego atual, mas continuaria no emprego desde que eu recebesse qualquer salário acima de 130 mil, eu estou obtendo 20 mil dólares em “renda”. O que há de errado com a busca de renda? Absolutamente nada. Eu estaria buscando renda (*rent-seeking*) se eu pedisse por um aumento. O meu empregador seria, então, livre para decidir se os meus serviços valem o que eu estou pedindo. Apesar de eu estar procurando renda ao pedir um aumento, não é isso que os economistas querem dizer com *rent-seeking*. Eles usam o termo para descrever pessoas que fazem *lobby* junto ao governo a fim de ganhar privilégios especiais. Um termo muito melhor é “*privilege seeking*”. (HENDERSON, 2015.)

Vale a transcrição do entendimento do economista e cientista político MICHAEL MUNGER, que, na linha do que já afirmamos, aponta:

> A definição técnica de ‘renda’ é qualquer retorno de um investimento ou esforço que exceda a taxa de custo de oportunidade do retorno. [...] Essas ‘rendas’ encorajam a competição. E, na maioria das situações econômicas, essa competição pelos lucros produz benefícios. Mas na política a competição por rendas é quase sempre destrutiva. Quanto maior a renda, maiores os custos que as pessoas se dispõem a pagar para obtê-la. Quando o governo distribui o que aparenta ser dinheiro gratuito, as pessoas brigarão por uma parcela dele. Assim, elas arcam com os custos que possam aumentar as chances de se obter o benefício do dinheiro ‘gratuito’. [...] A competição por benesses governamentais – *rent-seeking* – é uma busca por uma agulha num palheiro, e não importa se a agulha é de ouro e aqueles que a procuram estão cheios de boas intenções. Mas, supostamente, a competição não deveria ser algo bom? Acontece que a “competição” pelo *rent-seeking* é uma concorrência por um preço fixo, um problema de soma zero, que funciona, na melhor das hipóteses, como uma transferência. A competição nos mercados não tem preços fixos e é largamente positiva. Na política, você tenta apenas movimentar dinheiro e conseguir algum crédito por isso. Nos mercados, você tenta criar valor e obter lucros. (MUNGER, 2006 tradução livre.)

Atualmente, como veremos nos conceitos formulados pelos economistas, há um consenso no sentido de que esse tipo de atendimento fracionado e discriminatório é cenário típico para geração de substanciais *perdas sociais*, uma

vez que esta política econômica se compõe de uma mistura de interferências políticas *ad hoc* nos mercados e tem, como contrapartida, a ação de grupos que influenciam a oportunidade, a dosagem e a instrumentação dessas interferências (BUCHANAN, 2008).

Mas o que pode originar tais rendas? Para MARCOS MENDES, a possibilidade mais evidente é que o mercado em que o produtor está trabalhando não funcione em concorrência perfeita como, por exemplo, num caso de monopólio em que o produtor único pode escolher o montante a ser produzido e fixar um preço acima daquele que seria obtido em concorrência perfeita (MENDES, 2014). De todo o modo, onde houver rendas haverá pessoas que as buscam (*rent-seekers*).

Inclui-se no contexto do comportamento *rent-seeking* tanto a conduta de busca da renda em sua *integralidade* (v.g. rendas monopolistas; contratos com a Administração Pública; benefícios creditícios) como comportamentos de grupos ou indivíduos que investem recursos na competição para obter *parte* de uma renda divisível (*share of a divisible rent*), ou seja, uma fatia do bolo, em vez de toda renda indivisível (LONG & VOUSDEN, 1987, p. 971). Neste último caso poderíamos mencionar como exemplo os benefícios tributários favorecendo um específico setor econômico, mesmo empresas que não realizaram qualquer conduta no sentido de obter efetivamente este benefício, recebendo o benefício de carona (*free rider*).

Vejamos, brevemente, como alguns economistas definem o comportamento *rent-seeking*:

a) TULLOCK – ocorre o comportamento *rent-seeking* quando se investe em algo que não irá melhorar a produtividade ou, em verdade, irá diminuí-la, aumentando apenas a renda do *rent-seeker* porque a finalidade de sua conduta é justamente garantir alguma posição especial ou poder monopolista (TULLOCK, 1982, p. 17). Para o autor, o termo *rent-seeking* deve ser usado exclusivamente para casos nos quais, quaisquer que sejam os propósitos, tenha um *impacto social negativo* (TULLOCK, 2005, p. 9);
b) BUCHANAN – *rent-seeking* é designação dada para descrever condutas em contextos institucionais em que esforços individuais são voltados para maximizar os desperdícios sociais em detrimento de um excedente social (BUCHANAN, 1980, p. 4);

c) EKELUND e TOLLISON – *rent-seeking* é a atividade na qual os indivíduos buscam retornos dos direitos monopolistas sancionados pelo Estado ou, ainda, o dispêndio de recursos escassos para capturar transferências puras (EKELUND & TOLLISON, 1982, p. 13 e 19);
d) TOLLISON – *rent-seeking* é o gasto de recursos escassos para capturar transferências artificialmente criadas (TOLLISON, 1982, p. 578);
e) BHAGWATI – *rent-seeking*, ou como o autor designa *directly unproductive activities* (DUP), seria uma maneira de obter lucros ou rendas por meio de atividades que são diretamente improdutivas do ponto de vista social, mas que produzem retornos pecuniários (BHAGWATI, 1982, p. 909);
f) HARTLE – *rent-seeking* é o investimento de recursos reais comprometidos por indivíduos ou grupos (coalizões) de indivíduos com interesses similares na expectativa de obter um aumento (ou evitar uma redução) em sua riqueza, com a finalidade de assegurar (bloquear) mudanças nos seus direitos legais ou maximizar os benefícios (minimizando os custos) da política inicial que criou os direitos não exclusivos (HARTLE, 1979, p. 539-540);
g) LOONEY – o comportamento *rent-seeking* surge dentro de um contexto institucional caracterizado por uma interferência artificial nos mercados e refere-se especificamente aos recursos gastos e/ou desperdiçados por indivíduos ou grupos de pressão que buscam transferências de riqueza através da proteção e suporte do Estado (LOONEY, 1989, p. 11);
h) GALLANGHER – *rent-seeking* é a utilização de recursos por indivíduos ou grupos de pressão que tem o objetivo de alterar, executar, manter ou impedir que políticas governamentais sejam um meio de transferir renda (GALLANGHER, 1991, p. 98);
i) MANGEL, DELORME e KAMERSCHEN – comportamentos *rent-seeking* implicam em recursos gastos para estabelecer, manter ou adquirir um monopólio garantido pelo Estado (MANGEL; DELORME &

KAMERSCHEN, 1994, p. 400-401);

j) ANDERSON, GOEREE e HOLT – o comportamento *rent-seeking* está relacionado com alocações econômicas decididas em um contexto de competições que envolvem o dispêndio de recursos para a obtenção de um prêmio (v.g. monopólio) e no qual os esforços dos perdedores são custosos e geralmente não são compensados (ANDERSON; GOEREE & HOLT, 1998, p. 828-829);

k) ASHOFF – os comportamentos *rent-seeking* somente podem ser verificados se forem satisfeitas duas condições: 1) existência de restrições de acesso ao mercado e, portanto, ao processo competitivo, que são estabelecidos e feitos pelo Estado; 2) possibilidade de se obter um direito de monopólio fixado pelo Estado ou de realizar transferências de renda entre os grupos da sociedade (ASHOFF, 1989, p. 10).

Algumas metodologias voltadas para especificar o grau de dissipação da renda e estimação, ainda que aproximada, do custo social da *rent-seeking* foram realizadas somente após o *insight* inicial de TULLOCK (1967), em meados da década de 1970 por KRUEGER (1974) e POSNER (1975).

Interessante o esclarecimento de GIÁCOMO BALBINOTTO NETO quando afirma que:

> A teoria da *rent-seeking* está envolvida principalmente com o estudo e as implicações dos efeitos da criação de rendas quando elas têm origem num contexto institucional caracterizado por uma intervenção governamental e alocação política dos recursos, bem como ao modo como elas são buscadas, criadas, defendidas e quais as consequências em termos de bem-estar deste tipo de atividade. Em outras palavras, a teoria econômica da *rent-seeking* procura reavaliar, criticamente, os custos da intervenção governamental na economia [...]. Na realidade, a principal mensagem que a teoria *rent-seeking* busca passar é que, quando há uma competição por rendas artificialmente criadas, ocorre uma perda em termos sociais. [...] A partir dos trabalhos seminais de Tullock (1967), Krueger (1974), Posner (1975) e Buchanan (1980), temos o surgimento de um novo programa de pesquisas, que adota os pressupostos do comportamento racional, mas que pode levar ao desperdício e à destruição de riqueza ao invés de sua criação. (BALBINOTTO, 2000, p. 42 e 53.)

De acordo com o referido autor, a evolução da "teoria da *rent-seeking*" apresenta *quatro fases* no que se refere aos desenvolvimentos teóricos e empíricos (BALBINOTTO, 2000, p. 54-55).

Num primeiro momento, houve a aplicação da teoria a vários tipos de intervenção do Estado na economia, procurando-se reinterpretar as situações e implicações decorrentes das políticas intervencionistas (tarifas, cotas, subsídios, regulamentações, monopólios). Ainda nesse primeiro período, os trabalhos procuraram medir os custos da atividade de *rent-seeking* utilizando-se a metodologia sugerida por KRUEGER (1974) e POSNER (1975), sendo que, de um modo geral, os resultados indicaram que os custos não eram nada desprezíveis, especialmente para as economias em desenvolvimento.

Na segunda fase foram desenvolvidos modelos que procuraram descrever a atividade de *rent-seeking* com base em diferentes pressupostos, quanto ao tipo, intensidade e comportamento frente ao risco por parte dos agentes envolvidos na atividade de *rent-seeking*, sendo que a principal questão se centrou no montante da renda que era realmente dissipada durante o processo de busca de rendas, que ficou conhecido pelo nome de '*efficient rent-seeking*' (TULLOCK, 1995, p. 97-112).

Uma terceira linha de pesquisa, iniciada por BUCHANAM, busca analisar os mecanismos e ações que visam reduzir ou inibir as atividades de *rent-seeking*, de modo a diminuir os custos para a economia.

Por fim, a teoria da *rent-seeking* foi aplicada à teoria do crescimento econômico, buscando-se explicar como ela afeta o comportamento da taxa de crescimento econômico e quais os mecanismos pelos quais isso ocorre. Esse desenvolvimento ocorreu principalmente durante a primeira metade dos anos 1990 e continua ainda hoje.

De acordo com MARCOS MENDES, o conceito de *rent-seeking* é muito útil para se entender fenômenos importantes na economia. Por exemplo: "os motivos para haver proteção tarifária a alguns produtos fabricados no país, a concessão de crédito subsidiado a algumas empresas, a regulamentação de algumas profissões ou a existência de meia-entrada para estudantes em eventos culturais" (MENDES, 2014).

MICHAEL J. SANDEL aborda um tema que nos parece muito íntimo ao comportamento *rent-seeking*: os limites morais do mercado. Sustenta o autor que nós vivemos um tempo em que quase tudo pode ser comprado e vendido, sendo que nas últimas três décadas os mercados (e seus valores) passaram a governar nossas vidas como nunca. Hoje, salienta, a lógica de comprar e vender não mais

tem aplicação apenas aos bens materiais, mas governa a inteireza da vida. E arremata: é hora de indagar se nós queremos viver dessa forma (SANDEL, 2012, p. 3-6).

O autor esclarece que nós frequentemente associamos corrupção com ganhos ilícitos. Para ele, corrupção é muito mais que propinas e pagamentos censuráveis. Para SANDEL, corromper uma prática social é degradá-la, ou seja, tratá-la de acordo com um modo de valoração mais baixo daquele que seria o apropriado (SANDEL, 2012, p. 34). Um exemplo: cobrar para ter acesso às audiências no Congresso Nacional, o que nos Estados Unidos é feito por meio de empresas que exploram o chamado *line-standing business*, seria uma forma de corrupção, pois trata o Congresso como um negócio em vez de uma instituição de governo representativo (SANDEL, 2012, p. 34-35).

Pois bem. Transpondo esta ideia para nosso foco de atenção, poderíamos afirmar que o comportamento de investir recursos para ter acesso exclusivo (ou quase) a escassos recursos públicos, ocasionando perdas sociais, ou seja, praticar o *rent-seeking*, enquadra-se naquilo que SANDEL define como corrupção.

Com efeito, as dotações previstas no orçamento público, bem como as perdas de receitas do sistema tributário para financiamento de determinadas políticas públicas (gasto público que corre por fora do sistema orçamentário, mas que nele tem repercussão direta), passam a ser vistas como um verdadeiro *negócio empresarial com finalidade de obter ganhos privados*. Nada de errado ou ilícito nisto, a não ser a potencialidade alta destes negócios ocasionarem *prejuízos para a toda a sociedade*, longe de ser instrumento para atingir necessidades coletivas, garantir a efetivação de direitos fundamentais difusos e coletivos, nos limites do planejamento e do orçamento público.

Seja em forma do recebimento de um incentivo tributário (benefícios tributários), de quantias obtidas em decorrência de contratos administrativos que equivalem a verdadeiros monopólios (desembolso de despesa pública orçamentária) ou de créditos públicos subsidiados a taxas inferiores às de mercado, gerando dívida pública (benefícios creditícios), o recurso público é visto pelos *rent-seekers* exclusivamente como uma oportunidade de um “ganho extra”, de uma renda econômica, que, ao fim e ao cabo, eleva o custo do direito a ser atendido pelo orçamento público, tornando-o ineficiente e antieconômico.

Ainda de acordo com SANDEL, essas seriam questões morais e políticas, não meramente econômicas. Para nós, todavia, são questões, igualmente, *jurídicas* e, assim sendo, torna-se imprescindível um ferramental normativo adequado para que o comportamento *rent-seeking* não permaneça invisível às normas de Direito Financeiro, que devem ser levadas a sério, especialmente aquela que se refere à despesa pública, como veremos no capítulo seguinte.

Com efeito, até que ponto indivíduos ou grupos empresariais teriam o "direito de comprar", por exemplo, benefícios fiscais vultosos e longos contratos administrativos, ou obter créditos subsidiados, causando perdas sociais difusas custeadas por inúmeros contribuintes, consumidores ou usuários de serviços públicos? A norma jurídica da despesa pública estaria sendo respeitada? Parece-nos que nem mesmo uma postura normativa objetivista do início do século XIX, fulcrada na *voluntas legis,* seria capaz de aceitar juridicamente essa despesa pública, pois o custo social da *rent-seeking* certamente ultrapassa o custo nominal da despesa fixada no orçamento público.

De qualquer forma, pelos conceitos analisados até agora, uma primeira conclusão podemos apontar: a conduta *rent-seeking* no âmbito público – já que esse mesmo comportamento pode ser observado também nas relações privadas (EDLIN & STIGLITZ, 1995; SCHARFSTEIN & STEIN, 2000; GLAZER, 2002; LINDBECK & SNOWER, 1987; CONGLETON, 1989; MÜLLER & WÄRNERYD, 2001) – está diretamente relacionada à intervenção do Estado no domínio econômico.

No âmbito do Direito Administrativo, poderíamos apontar a captura da agência reguladora com uma espécie de possível conduta *rent-seeking*, desde que comprovada a perda social ocasionada pela decisão da agência no atendimento de específicos grupos de interesse em detrimento da coletividade.

Para fins de captura, o Direito Administrativo, de maneira geral, tem se contentado com o mero desvio de finalidade do coletivo para o particular (no caso, dos grupos de interesse), sem se enveredar pela existência ou, muito menos, mensuração de eventual perda social decorrente da captura.[2] Nesse sentido mais estrito, não se poderia vincular a captura ao comportamento *rent-seeking*, haja vista

---

[2] Apontando explicitamente para a necessidade de "evitar mecanismos que propiciem privilégios para alguns agentes econômicos em detrimento dos usuários, o que, sem sombra de dúvida, poderá acarretar em incontáveis prejuízos sociais" (MENEZELLO, 2002, p. 159).

o necessário liame deste último às perdas sociais, conforme identificação dos economistas.

Surgida no Estados Unidos no fim da década de 60, a teoria da captura mostrou-se evidente quando a intervenção estatal na economia passou mais acentuadamente para o terreno da regulação, o que no Brasil teve início nos anos 90 com a reforma administrativa dando azo à criação das agências reguladoras, com seus poderes normativos sobre diversos setores da economia.[3]

De acordo com esta teoria, a captura regulatória "happens when a regulatory agency, formed to act in the public's interest, eventually acts in ways that benefit the industry it is supposed to be regulating, rather than the public" (INVESTOPEDIA, 2016).

Há, pois, a priorização de interesses de grupos políticos e empresas privadas sobre interesses da coletividade, gerando possíveis perdas sociais. De todo modo, trata-se de questão a ser enfrentada em pormenores no âmbito do Direito Administrativo, especialmente no capítulo do processo administrativo normativo ou adjudicatório.

Para MARCOS MENDES,

> em geral, quanto maior o grau de intervenção do governo na economia, maiores as oportunidades para que grupos se apropriem de riqueza por meio de atividades *rent-seeking*. No Brasil, o governo é grande, não apenas pelo alto nível dos gastos públicos e da carga tributária, mas também pela histórica tradição de regular fortemente a economia. Assim, é de se esperar que haja amplo espaço para o *rent-seeking*. (MENDES, 2014.)

De acordo com o autor, "o problema do *rent-seeking* é que ele leva à má-alocação de recursos na economia, reduz a produtividade e prejudica o crescimento econômico de longo prazo".

Ainda conforme MENDES, isto ocorre por vários motivos:

> Tempo e dinheiro são gastos com vistas a subtrair renda de outros, sem criar riqueza nova. O mesmo dinheiro que é investido em *lobby* e financiamento de campanhas eleitorais poderia ser investido em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, por exemplo. [...] Os limitados recursos

---

[3] Sobre a teoria da captura, ver GEORGE J. STIGLER (1971); MARIA SALVADOR MARTIÍNEZ (2002); MARÇAL JUSTEN FILHO (2002); VITAL MOREIRA (1997); FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO (2000); DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (2003); ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (2005); THIAGO DELLAZARI MELO (2010).

> da sociedade, disponíveis para investimento, não vão para as mãos das empresas que têm os projetos mais competentes e promissores, mas sim para as empresas que têm maior conexão política. As chances de criação de riqueza tornam-se menores. [...] O *rent-seeking* permite que se mantenham vivas empresas ineficientes. [...] O *rent-seeking* cria restrições à livre-concorrência, o que desestimula as empresas protegidas a buscar ganhos de produtividade para se manterem vivas no mercado, prejudicando a produtividade agregada da economia, ao mesmo tempo em que inibe o surgimento de outras empresas inovadoras. [...] Os governos tendem a se tornar maiores que o necessário. A ação governamental deixa de ter por objetivo apenas a correção de falhas de mercado, atuando em áreas que o mercado privado não é capaz de fornecer bens e serviços adequados. [...] Em vez de ser um agente econômico que oferece serviços públicos de qualidade, que aumentam a produtividade da economia (como infraestrutura ou educação pública), o governo passa a priorizar a criação de emprego, a distribuição de subsídios e privilégios, a transferência de riqueza de uma parcela da sociedade para outra. (MENDES, 2014.)

A pesquisa sobre o dispêndio de recursos para obtenção de privilégios especiais em que, ao final, os prejuízos coletivos podem acabar sendo maiores, espalhou-se para além da Economia, encontrando campo fértil de pesquisa na área da Ciência Política e Sociologia (TULLOCK, 2005), por exemplo.

O fato é que não há como fugir deste ponto de partida: a construção de um conceito de *rent-seeking* deve partir da observação de como a teoria econômica aborda o tema, porque é justamente na Economia que houve sua clara percepção e, principalmente, identificação de seus perversos efeitos sociais.

Tentando encontrar um denominador comum entre as conceituações colacionadas, podemos afirmar que *rent-seeking é todo comportamento comissivo e intencional de pessoas que, atuando individualmente ou através de grupos, por um determinado período de tempo, de modo isolado ou em conjunto, mediante a utilização de recursos pecuniários ou não*, *pressionam, direta ou indiretamente, o Estado com o propósito de obter, manter ou expandir a renda econômica disponibilizada a partir da intervenção estatal na ou sobre a Economia, gerando perdas sociais em casos concretos*.

Façamos a depuração conceitual, com as necessárias explicações:

a) *comportamento comissivo e intencional de pessoas, atuando individualmente ou através de grupos* – trata-se sempre de um comportamento positivo, ou seja, uma atuação, um fazer realizado por um indivíduo, isoladamente ou mediante ações de grupos empresariais, organizações que se aliciam com uma intenção específica.

Não vislumbramos a possibilidade de *rent-seeking* por meio de condutas omissivas, pois é sempre através de comportamentos positivos – não é por outra razão o termo '*seeking*' – que os grupos de interesses podem eventualmente ser beneficiados com as rendas advindas da intervenção do Estado na Economia, seja mediante influências políticas ou amizades, seja por pagamento de vantagens econômicas a agentes públicos com poderes de decisão ou de ingerência política.

Além disso, como será visto logo adiante, à conduta ou comportamento comissivo acresce-se o resultado danoso à sociedade. Não é suficiente, pois, a conduta rentista para a configuração do *rent-seeking*.

A busca à renda, inequivocamente, é um comportamento doloso, intencional. Ninguém vai atrás de uma renda disponibilizada pelo Estado por imprudência, mas tão somente porque tem interesse *direto* na renda econômica e, frise-se, não há ilicitude qualquer nesta busca. A CF não veda o lucro e nem o aumento do lucro, mas tão somente o aumento *arbitrário* do lucro (CF-88, art. 173, § 4º). Não é, pois, qualquer aumento e nem, muito menos, o próprio lucro que é vedado.

Por outro lado, pensemos na decisão que decide pela realização de determinada despesa pública, por exemplo, pelo cumprimento da Lei Orçamentária durante a execução do orçamento. Trata-se, sem titubeio, de uma decisão *jurídica* e, sendo assim, o critério de sua diferença só pode ser um: direito/não direito. Obviamente que sempre haverá certa margem de discricionariedade do gestor quanto *ao momento* mais apropriado para a realização do gasto, mas a decisão deve se orientar sempre pelo 'código do Direito'.

A conduta comissiva que configura a *rent-seeking* pode *ou não* trazer para a decisão da despesa pública critérios *alheios* ao Direito. Este é um ponto importante, pois a decisão sobre a despesa pública pode continuar sendo jurídica, posto que orientada pelo código do Direito, mesmo quando constatadas condutas *rent-seeking*.

Em outras palavras: a corrupção do código do sistema jurídico – aqui, corrupção no sentido luhmanniano de utilização de, num sistema 'x',

utilizar-se do código do sistema ‘y’ – *não é* pressuposto necessário para que exista *rent-seeking*, mas, por outro lado, torna-se indispensável para eventual *responsabilização financeira do rentista*, como veremos no capítulo final deste trabalho;

b) *por um determinado período de tempo, de modo isolado ou em conjunto* – a atuação dos indivíduos ou grupos empresariais ocorre por um determinado período de tempo, antes, durante ou mesmo após a obtenção efetiva da renda e pode ocorrer isoladamente, quando determinado indivíduo ou grupo, sozinho, emprega recursos na atividade de busca à renda, para si ou para outrem, o que pode inclusive favorecer terceiros que se beneficiarão pela atuação dos *rent-seekers*, ou seja, pegarão carona (*free rider*) em condutas *rent-seeking*.

Imagine-se, por exemplo, determinadas empresas de construção civil que, por meio de condutas *rent-seeking,* conseguem obter isenção de determinado imposto para o ramo. Aquelas empresas que não realizaram tais condutas, ou seja, não buscaram diretamente qualquer renda do Estado, acabam obtendo também o benefício fiscal, que, para a verificação da eventual perda social, deve ser igualmente computado. Por outro lado, indivíduos ou grupos podem se unir a outros *rent-seekers* para dividir a fatia do bolo.

Tendo como referência o orçamento público, o comportamento *rent-seeking* pode ocorrer, fundamentalmente, em dois momentos do ciclo orçamentário:

a) antes da fixação da despesa pública no projeto de lei orçamentária, com a finalidade de obter o benefício, sua manutenção ou expansão. Nesta fase, a atividade dos *rent-seekers* ocorre normalmente no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo, pressionando tais poderes *para a fixação da despesa pública* num ou noutro sentido;

b) após a fixação da despesa pública na Lei Orçamentária e/ou sua efetiva realização, com o escopo de obter o benefício, expandir ou manter aquele já obtido (inclusive contra outros grupos econômicos que também pleiteiam o benefício), também através do Poder Executivo (v.g. alguns contratos administrativos que se assemelham a

verdadeiros monopólios; instrumentos de flexibilidade orçamentária com *pouca* ou *pouquíssima* intensidade parlamentar[4]) e Poder Legislativo (v.g. através de instrumentos de flexibilidade orçamentária com *forte* intensidade parlamentar[5]).

Importante frisar que antes ou após a LOA fixando as despesas, também pode eventualmente ocorrer ações de rentistas (não necessariamente acarretando *rent-seeking*) *no âmbito do Poder Judiciário*, mediante a utilização de ações *coletivas* (v.g. ação civil pública) para atendimento de determinada política pública em benefício de específico grupo de pessoas ou, pior, com o manejo de ações *individuais*, numa espécie de captura orçamentária individual em que "verbas públicas são utilizadas para custeio de planos de saúde individuais estabelecidos por decisões judiciais" (SCAFF, 2011, p. 110), carreando os custos dos atendimentos sempre ao orçamento público, ou seja, para toda coletividade.[6]

TULLOCK bem demonstrou que:

> The legal proceedings are almost exactly the same as the proceedings that involve a fight between two lobbyists. The basic difference is that legal proceedings have been the subject of fairly stringent rules for a long time. The wholw thing is more formal, but, basically, it is similar. (TULLOCK, 2005, p. 185.)

---

[4] GABRIEL LORETTO LOCHAGIN diferencia os diversos instrumentos de flexibilidade orçamentária a partir de uma distinção que leva em conta o grau de participação do Poder Legislativo em sua aprovação. Desse modo, conforme a didática classificação do autor, há instrumentos de flexibilidade em que a intensidade da participação parlamentar é potencialmente fraquíssima (limitação de empenho e movimentação financeira), fraca (créditos suplementares abertos dentro dos limites de autorização prévia da Lei Orçamentária; créditos extraordinários) ou forte (créditos suplementares que ultrapassam os limites de autorização prévia da lei orçamentária; créditos especiais; transferências, transposições e remanejamentos). (LOCHAGIN, 2016, p. 94.)

[5] Para GABRIEL LOCHAGIN, a intensidade parlamentar é forte pois a aprovação de medidas de flexibilização da execução depende de aprovação *prévia* e *específica* do Poder Legislativo. (LOCHAGIN, 2016, p. 94.)

[6] Para MARCOS MENDES,

> o ímpeto redistributivo e de promoção de justiça social existente no texto da nova Constituição, somado à ampliação dos meios de acesso à justiça, acabou, na verdade, por gerar espaços para que segmentos organizados, muitas vezes de classes média e alta, a esta recorressem para obter benefícios individuais (ou para grupos restritos). [...] Dado que o direito está 'garantido', um cidadão, um sindicato ou entidade de classe que sejam bem-informados e tenham capacidade de contratar um bom advogado sempre que possível irão à justiça para 'fazer valer o seu direito'. Os juízes apreciam o direito do impetrante sem considerar o direito do restante da sociedade, que não é parte ativa da demanda judicial, e que acaba sendo negativamente afetada pela concessão do benefício. (MENDES, 2014, p. 191.)

Portanto, o comportamento *rent-seeking* pode ocorrer tanto no momento que antecede a fixação da despesa no orçamento público, por meio de influências políticas tanto no Poder Executivo, que elabora a peça orçamentária e está na condução da execução orçamentária propriamente dita, como no Poder Legislativo, que apresenta emendas, aprova a proposta enviada pelo Executivo e créditos adicionais suplementares, como pode se verificar no decorrer procedimental da despesa pública, por exemplo, quando a Administração Pública decide pela realização de despesa pública descontingenciando determinado gasto e publica o edital de licitação para a futura formalização de um contrato administrativo, de sorte que muitas vezes no chamado *contingenciamento preventivo* já se faz uma espécie de prestidigitação de possíveis comportamentos rentistas que poderão ser direcionados ao gestor público visando, justamente, a liberação dos montantes contingenciados.

O fato é que durante todo esse percurso, até o efetivo desembolso da quantia a título de despesa pública, haverá espaço para comportamentos *rent-seeking* que podem envolver, inclusive, prorrogação de prazo contratual (art. 57 da Lei Federal n. 8.666/96) ou acréscimos ao contrato administrativo (TCU Decisão 215/1999), que, inclusive em precedente do TCU, já fora admitido aditivo contratual de até 2.700% sobre o valor inicial do contrato (TCU Acórdão 448/2011[7]).

---

[7] Neste processo, o Tribunal apurou possíveis irregularidades que teriam sido cometidas pela Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), no âmbito do aditamento 01/2010, promovido ao contrato 22/2007, firmado entre aquela estatal e o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies (LFB), tendo por objeto inicial a transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados. O aditivo em questão ensejou **acréscimo de, aproximadamente, 2.700% ao valor inicialmente constante do contrato**, o qual passou a prever que o LFB encarregar-se-ia não só da transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados, mas também da própria execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil. Ao analisar a matéria, o relator destacou que, "embora a assinatura do aditivo 01/2010 não se coadune com a decisão 215/1999-Plenário e, por conseguinte, tenha representado, a princípio, afronta ao art. 65, § 1º da Lei 8.666, de 21/06/1993, o resultado prático da realização de processo licitatório distinto possivelmente seria o mesmo, qual seja, a contratação do Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies, uma vez que este laboratório foi o único a participar da concorrência internacional que precedeu o contrato 22/2007". A essa possível inexistência de outras empresas interessadas, aditou o relator o fato de que o aditivo 01/2010, ao incumbir o LFB de executar o fracionamento de plasma sob o

Mesmo após a obtenção da renda, é perfeitamente possível a existência de comportamentos *rent-seeking*, com a finalidade de manter a renda obtida, como pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses de renúncia tributária, especificamente isenções em caráter individual, em que a conduta se volta para que sejam mantidos os benefícios fiscais, inclusive contra comportamentos *rent-seeking* opostos;

c) *mediante a utilização de recursos pecuniários ou não* – o comportamento *rent-seeking* pressupõe o dispêndio de recursos por parte dos *rent-seekers* para a futura obtenção, expansão ou manutenção da renda pretendida, o que não conduz necessariamente ao desembolso *de dinheiro*, podendo ser considerado no cômputo desta atividade, por exemplo, a utilização de talentos, gastos realizados para a realização de contatos políticos, tempo e energia despendida em todo o processo por parte dos *rent-seekers*.

   O importante é que se tenha, ainda que por mera aproximação, uma ideia monetarizada de tudo que foi empregado pelo(s) *rent-seeker(s)* para a obtenção da renda disponibilizada pelo Estado, em espécie ou não;

d) *pressionam, direta ou indiretamente, o Estado* – existe toda uma força propulsora por parte dos *rent-seekers* para conseguir o que buscam. Essa pressão pode ser direcionada diretamente a agentes estatais, no caso, aos tomadores de decisão acerca do gasto público ou indiretamente, quando, por exemplo, os *rent-seekers* fazem uso de lobistas ou intermediários para chegar até os tomadores de decisão e os influenciar no sentido da decisão que lhes interessa;

e) *com o propósito de obter, manter ou expandir a renda econômica* – a

---

acompanhamento de técnicos da estatal contratante, ter possibilitado a imediata transferência de tecnologia relacionada ao processo de produção de hemoderivados, independentemente da conclusão das obras de construção da fábrica da Hemobrás, atrasada em decorrência da anulação de duas outras licitações. Acresceu, ainda, o relator que "a contratação de outro laboratório que não o LFB resultaria em retrabalho para a Hemobrás, eis que seus técnicos, após a construção da fábrica, teriam de se adaptar a rotinas e fluxogramas distintos daqueles adotados até então, haja vista se diferenciarem, de laboratório para laboratório, muitos dos procedimentos afetos ao processo de fracionamento de plasma, inclusive com relação à coleta e ao controle de qualidade". Assim, diante das peculiaridades do caso, o Plenário do TCU entendeu pelo não apenamento do signatário do termo aditivo 01/2010 do contrato 22/2007, o qual, em caráter excepcional, deveria ser considerado válido.

finalidade última da atividade *rent-seeking* é a *obtenção* da renda econômica, mas também pode ser verificada quando o propósito for sua *manutenção*, ou seja, para preservar o *status quo* da renda já obtida ou, ainda, a *expansão* ou aumento da renda econômica.

Muitas vezes, a expansão da renda pode ser considerada verdadeira obtenção, por exemplo, na ampliação do benefício tributário para outros setores econômicos, portanto, para novos grupos que não tinham acesso ao benefício.

O dolo do *rent-seeker* está exatamente na obtenção, manutenção ou expansão da renda econômica;

f) *disponibilizada a partir da intervenção estatal na e sobre a economia* – no âmbito público, o comportamento *rent-seeking* pressupõe a intervenção do Estado *na* Economia (Estado atuando como agente econômico, participando diretamente do domínio econômico, seja exclusivamente, seja em concorrência) ou *sobre* a Economia (o Estado regulamentando a atividade econômica, de modo determinante ou indutivo).[8]

Já deixamos claro que não é objeto de nossa preocupação comportamentos *rent-seeking* no âmbito das relações privadas (*private rent-seeking*), o que pode perfeitamente ocorrer (v.g. pirataria, litígios judiciais, furtos, roubos e outras formas de transferência entre partes privadas).

Assim, quando o Estado intervém no domínio econômico, seja incentivando determinado setor com isenções tributárias, fomentando determinadas atividades, concedendo créditos subsidiados a específicas empresas, seja firmando contratos administrativos com particulares para a prestação de serviços públicos ou construções de

---

[8] De acordo com a útil classificação de EROS ROBERTO GRAU, o Estado pode intervir na Economia de duas formas: *no* ou *sobre* o domínio econômico. Quando intervém *no* domínio econômico age como se fosse um agente econômico, como uma empresa. Nesse caso, a intervenção pode ocorrer *por absorção* (exploração da atividade pelo Estado em regime de monopólio) ou *por participação* (Estado concorrendo com outros agentes econômicos privados). A intervenção estatal ocorre *sobre* o domínio econômico quando há regulamentação estatal, seja por lei ou atos infralegais. Esta intervenção se dá através de uma normatização *diretiva* (determinam, impõem comportamentos que devem ser observados pelos agentes privados) ou indutiva (induzem, através de um sistema de incentivos, os agentes privados a agirem de acordo com as orientações estatais). (GRAU, 1981, p. 63.)

obras públicas, dá margem para a busca ou a competição pela eventual renda econômica;

g) *gerando perdas sociais em casos concretos* – a conduta *rent-seeking*, a partir da concepção que TULLOCK lhe deu, não prescinde de um resultado, que é a *perda social*.

A ideia de perda social em razão de condutas *rent-seeking* é construída a partir da constatação de que todo esforço e energia para a obtenção da renda econômica disponibilizada pelo Estado estariam voltados exclusivamente para sua simples transferência para determinados grupos de pressão, em vez de produção de novas riquezas, estímulos à competitividade e inovação no mercado de produtos e serviços, ou seja, as rendas auferidas por poucos seriam custeadas por toda a sociedade, sem qualquer retorno social. Pelo contrário*, gerando efetivas perdas sociais*.

Perdas sociais podem ou não ser consequências de comportamentos rentistas, daí a conhecida distinção entre *rent-seeking* e *profit-seeking*, sendo este último o comportamento de pessoas que tentam maximizar seus retornos a partir de suas próprias capacidades ou oportunidades, mas, ao contrário do *rent-seeking*, é benéfico socialmente (BUCHANAN, 1995, p. 4), ou seja, produzem riquezas e não apenas transferem riquezas do Estado para o particular.

Vê-se, portanto, que a ideia de que externalidades negativas superam as positivas está na base do conceito de *rent-seeking*. É o divisor de águas.

A externalidade surge como problema exatamente “quando as firmas ou indivíduos que realizam suas ações levam em consideração somente os benefícios e os custos privados, e não os benefícios e os custos sociais” (ANDRADE, 2004, p. 17).

De acordo com EDUARDO ANDRADE, “o benefício social pode ser maior ou igual ao benefício privado. Quando ele é maior, diz-se que existe uma externalidade positiva. Esse é certamente o caso quando um indivíduo cuida do jardim de sua casa, beneficiando não somente ele mesmo, como também os outros moradores da vizinhança” (ANDRADE, 2004, p. 17).

O comportamento rentista, por si só, não significa *rent-seeking*. Ao contrário,

por exemplo, de um crime de corrupção ativa (*oferecer* ou *prometer* vantagem indevida) em que o efetivo recebimento da quantia pelo funcionário público representa apenas o *exaurimento* (e não a consumação propriamente) do delito, na conduta *rent-seeking* o resultado lhe é inerente e indispensável para sua própria configuração.

Nesse sentido, a existência de perdas sociais é o verdadeiro busílis da *rent-seeking*, de sorte que sem a verificação concreta de tais perdas não se pode falar em *rent-seeking*.

Com isso, estamos afirmando que a conduta *rent-seeking*, como nos chamados 'crimes materiais', apenas se consuma com a *produção do resultado naturalístico*, que, no caso, ocorre com a *verificação em concreto da perda social*, exigindo-se *pelo menos* a culpa do rentista em relação a este resultado, ou seja, dolo na conduta rentista e, no mínimo, culpa no resultado socialmente danoso.

Deve ficar devidamente comprovado o liame entre a perda social e a conduta rentista, sob pena de termos de considerar como *rent-seeking* casos fortuitos ou de força maior que ocasionem perdas sociais. A responsabilidade financeira, em se tratando de *rent-seeking,* não é objetiva, de sorte que se torna imprescindível, pelo menos, a comprovação da culpa do rentista para responsabilizá-lo, como veremos no capítulo final do trabalho.

Noutro giro verbal, não é a perda social ou a mera conduta da busca da renda disponibilizada pelo Estado que, *per se*, terá o condão de configurar a *rent-seeking*, como se se tratasse de uma espécie de "crime de mera conduta" ou "crime formal" em que, a despeito de ser possível a ocorrência do resultado, é dispensável a consumação.

Por isso, não podemos aceitar a argumentação de que qualquer busca à renda se configure como *rent-seeking*, ainda que esta busca descambe para a criminalidade, como no crime de corrupção.

Todavia, se para a conduta o dolo é imprescindível, para o resultado basta a culpa. Esta ilação é uma decorrência *direta* da adoção da República (CF-88, arts. 1º e 34º, inciso VII, "a"), comando que se espraia por todo o ordenamento jurídico, especialmente quando estamos no âmbito de uma relação jurídica envolvendo o Estado e, mais especificamente ainda, quando esta relação pertine à atividade *financeira* do Estado, indispensável à consecução dos direitos sociais fundamentais.

Em outro português: quando a CF expressa que o Brasil é uma república constituída em Estado Democrático de Direito, tal comando tem uma inescondível força normativa[9] que ilumina toda e qualquer norma jurídica, em especial aquelas nas quais o Estado se faz presente como uma das partes na relação jurídica prescrita no consequente normativo.

Trata-se não de uma mera sugestão ou recomendação constitucional com o trato da coisa pública, mas de uma determinação, uma prescrição, um comando, uma ordem para que assim seja feito, não podendo a Administração Pública ou o particular que com ela se relaciona fazer vista grossa às sérias implicações jurídicas decorrentes da adoção da forma republicana de governo.

Esta percepção é necessária, pois torna-se imperioso sempre um compromisso com a *res publica* por parte daquele que se dispõe, voluntariamente, a se relacionar com a Administração Pública quando esta tem a prerrogativa de se valer de seus "deveres-poderes", portanto, quando exerce *função* administrativa[10] (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 60-65).

Desse modo, quem se relaciona com o Estado quando este exerce função administrativa deve estar bem ciente das consequências jurídicas que disso pode advir, de sua responsabilidade social e, no nosso caso, financeira. Isto significa que, se houver *indiferença* do rentista em relação ao resultado (perda social), restará configurado seu *dolo*, no caso, *indireto*, na modalidade eventual, que ocorre justamente quando o sujeito, com sua conduta, muito embora não queira diretamente o resultado, *assume o risco de sua produção*, sendo-lhe indiferente se haverá ou não perda social advinda de sua conduta.

Com efeito, por trás desta indiferença do rentista (leia-se: dolo indireto), reside nada menos que uma típica atitude antirrepublicana, alimento de toda conduta *rent-seeking*.

---

[9] De acordo com a ensinança de KONRAD ESSE, "embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela impõe tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida [...]". (ESSE, 1991, p. 19.)

[10] De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

> a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. [...] Quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade" (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 62-63).

Essa ideia é importante, pois não se pode simplesmente colocar num mesmo recipiente a conduta *rent-seeking*, que necessariamente tem como consequência determinada *perda social*, e várias outras situações que com ela não se confunde rigorosamente, tais como a prática de *lobbying*[11] (entendida aqui como conduta voltada para influenciar decisões políticas[12]), as práticas apontadas pelo Direito Administrativo como "distorção das funcionalidades teoricamente inerentes à participação" (PEREZ, 2009, p. 226-231),[13] condutas voltadas para a obtenção de fomentos estatais, determinados atos de improbidade administrativa que se configuram independentemente da comprovação de danos,[14] atos lesivos à Administração Pública implicando responsabilização *objetiva* no âmbito civil e

---

[11] Sobre a atividade de *lobbying* como instrumento democrático de representação de interesses, advogando um conceito "não maniqueísta" do termo e não exclusivamente marginalizado, defendendo a regulamentação da atividade no Brasil, ver: WAGNER PRALON MANCUSO e ANDRÉA CRISTINA OLIVEIRA GOZETTO (MANCUSO & GOZETTO, 2011). Também nesse sentido está o entendimento de ALEXANDRE SANSON, que em sua de tese doutorado afirma:

> A grande dificuldade no estudo dos grupos de pressão é que, erroneamente, os mesmos são frequentemente compreendidos como representantes de potestades que somente obtêm benefícios do Estado em detrimento da coletividade. Assim, as atuações desses grupos certamente sofrem diuturnas e ásperas críticas, como a possibilidade de ameaça à atuação independente dos órgãos públicos, denotativa de função desintegradora, e a utilização de meios ilícitos, como o suborno e a violência. Em que pese o uso pejorativo do termo lobby, que é uma pressão racionalizada, sua legalização obrigará os lobistas a prestarem contas de suas ações e dos procedimentos adotados para o convencimento dos órgãos estatais a decidirem de conformidade com os interesses setoriais que sustentam. [...] A necessidade de regras escritas com limitações objetivas às atuações dos grupos de pressão identifica e torna públicos os fins por eles defendidos na sua esfera, sendo que tais informações devem ser públicas, de livre acesso ao cidadão. A norma regulatória não deve inviabilizar a intermediação de interesses, elemento essencial às democracias representativas contemporâneas. Entretanto, não pode permitir o desenvolvimento dessa interferência no poder sem quaisquer limites éticos, principalmente após o período de redemocratização. [...] defende-se, na presente tese, uma legislação limitadora dos desvirtuamentos dos grupos de pressão, contudo, aberta a uma ampla participação, sob o binômio transparência-controle" (SANSON, 2013, p. 285-286, 289).

[12] Originalmente, no sentido político, *lobby* se referia a um dos espaços (*lobbies*) na House of Commons. O Dicionário Oxford de Inglês menciona o termo, nos idos de 1640, como um lugar onde o público poderia ir para falar com os membros da House of Commons. Todavia, o sentido que o termo tem atualmente, ligado ao fato de as pessoas se dirigirem ao *lobby* especificamente para *exercer influência na política*, adviria da América, no início do século XIX. (EUA, 2006.)

[13] PEREZ (2009) aponta ainda a participação como um princípio de estruturação da Administração Pública, ou seja, "que é por meio de processos de decisão que permitam o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública que esta aumenta o grau de eficiência de sua atuação". Nesse sentido, aponta também para "os perigos da participação", mostrando que esta abertura da decisão administrativa à participação popular também teria um lado negro que poderia ser verificado nos seguintes comportamentos: "captura pelo governo", "corrupção", "captura pelo mercado", "deficiência de análise" e "falhas de coordenação".

[14] Lei n. 8.429/92, art. 9 (atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito) e art. 11 (atos de improbidade que atentam contra princípios da Administração Pública).

administrativo[15] ou mesmo fatos tipificados criminalmente, como alguns crimes contra a Administração Pública, especialmente corrupção ativa (CP, art. 333[16]), tráfico de influência (CP, art. 332[17]) e crimes previstos na Lei Federal n. 8.666/93 (arts. 90,[18] 91,[19] 93[20] e 95[21]).

Portanto, o que queremos deixar registrado com tintas fortes é que, *nem sempre*, *lobbying*, atos de improbidade administrativa ou crimes contra a Administração Pública configurarão *rent-seeking*. Se, a despeito da existência destas condutas, não ficar minimamente comprovada a *perda social*, não há por que falar em *rent-seeking*. Os conceitos, portanto, não são necessariamente correspondentes.

Assim, é imprescindível a verificação e a mensuração, ainda que aproximativa, das eventuais perdas sociais, o que, de longe, também não se confunde com perdas *ao erário* (art. 10 da Lei Federal n. 8.429/1992).

Perda social diz respeito à perda *da sociedade*, portanto, atinge diretamente um direito *difuso* que pertence à coletividade, presente e futura. Perdas ao erário, por outro lado, têm uma conotação *mais res*trita, repercutindo *diretamente* no direito de cada pessoa jurídica de direito público, muito embora também tenha *reflexos* nos direitos difusos. Assim, a perda social exigida pela conduta *rent-seeking* representa muito mais que perdas *ao erário*.

No caso da *rent-seeking*, as perdas são *difusamente* sentidas por toda a sociedade, reverberando inclusive intergeracionalmente. Daí a sua grande dificuldade de quantificação. Dizemos intergeracionalmente porque uma das perdas sociais mais apontadas pela Economia em razão da prática de *rent-seeking* é

---

[15] Conforme a Lei Federal n. 12.846/2013, que prevê, expressamente, várias hipóteses de responsabili-zação objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

[16] Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

[17] Art. 332 – Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

[18] Art. 90 – Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

[19] Art. 91 – Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.

[20] Art. 93 – Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.

[21] Art. 95 – Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou ofereci-mento de vantagem de qualquer tipo.

justamente o não crescimento econômico *a longo prazo*.

Quando se fala em crescimento econômico, portanto,

> o interesse protegido não é o da atual geração, mas sua preservação para as futuras gerações. Não é mais um interesse do *indivíduo contra o Estado*, ou inerente apenas a certa *coletividade*, mas um interesse *difuso* e que abrange não apenas as atuais, mas as *futuras gerações* [...] (SCAFF & TUPIASSU, 2005, p. 729).

Nesse sentido, observa MARCOS MENDES que:

> Ainda que no curto prazo uma expansão dos gastos do governo estimule o crescimento; no longo prazo um governo que imponha alta carga tributária, e que tenha *deficit* e dívida elevados, acaba prejudicando importantes propulsores do crescimento econômico, quais sejam: o aumento da produtividade, a inovação, a concorrência, a flexibilidade do mercado de trabalho e a competitividade dos exportadores no mercado externo. (MENDES, 2011.)

Assim, deve ser fortemente ressaltado que quando mencionamos crescimento ou desenvolvimento econômico estamos nos referindo a um "direito humano inalienável e que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos que compõem as nações", tudo porque o "desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa a melhoria constante do bem-estar de toda a população [...]" (ONU, 1986).

De acordo com CRISTIANE DERANI, o desenvolvimento econômico é garantia de melhor nível de vida coordenada com um equilíbrio na distribuição de renda e de qualidade de vida mais saudáveis, sendo que o grau de desenvolvimento é aferido, sobretudo, pelas condições materiais de que dispõe uma população para o seu bem-estar (DERANI, 2001, p. 32-34).

Está nesta linha, também, o que aponta AMARTYA SEN, quando afirma que

> os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles "meramente útil e em proveito de alguma outra coisa". Sendo assim, o desenvolvimento deve estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. (SEN, 1999, p. 50-60.)

Assim, seguimos o entendimento de que o resultado da conduta rentista, a perda social, é elemento indispensável para que se possa falar em *rent-seeking*.

Aliás, exatamente nesse sentido, faz coro o próprio GORDON TULLOCK quando afirma, com todas as letras, que:

> It is not true that all lobbyists are arguing for something which has a negative social payoff. [...] I use rent-seeking only when resources are invested to do something for which the net effect will actually lower the national product, rather than, [...] raise it. (TULLOCK, 2005, p. 184.)

Nesse sentido também está o trabalho de MARIO PRESTES MOZONI NETO ao sustentar que:

> O termo 'caçar renda' é designado justamente para descrever o comportamento que procura maximizar retornos e gera perda de bem-estar social. Portanto, o que distingue o conceito de caçar renda do conceito de maximizar lucros são as consequências produzidas. [...] Caçar renda refere-se a esta atividade motivada pela renda, mas com consequências indesejáveis socialmente. [...] O comportamento caçador de renda generalizado gera uma competição dentro da sociedade cujos resultados equivalem a um jogo de soma negativa, ou seja, os ganhos dos privilegiados são menores do que as perdas do resto da sociedade. (MOZONI NETO, 2001, p. 6, 9 e 11.)

Estamos em total concordância com esta ideia de vincular o comportamento *rent-seeking* apenas àquelas situações nas quais a busca da renda ocasiona um "*negative social impact*" (TULLOCK, 2005, p. 9), não sendo inerente a toda e qualquer forma de competição por renda.

Pensemos no atual caso da conhecida Operação Lava a Jato, envolvendo esquemas bilionários de corrupção, organização criminosa e lavagem de dinheiro na estatal Petrobras. Pensemos, ainda, na recente denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal, no âmbito da chamada Operação Zelotes, em desfavor de Luiz Inácio Lula da Silva, Luis Cláudio Lula da Silva, Mauto Marcondes e Cristina Mautoni por tráfico de influência, lavagem de dinheiro, organização criminosa e evasão de divisas, sendo que um dos fatos descritos na denúncia é justamente a *prorrogação de benefícios fiscais a empresas do setor automotivo*, o que teria ocorrido a partir da "negociação" do texto da Medida Provisória 627, cuja lei foi sancionada em maio de 2014. A medida provisória garantiu a prorrogação de benefícios fiscais às montadoras MMC e Caoa até 2020.

Pois bem. Ainda que haja condenação transitada em julgado dos supostos

envolvidos nos crimes, não se pode falar, por causa disso, que tenha havido *rent-seeking*, tudo porque para isto é necessário que se verifique e apure eventuais perdas sociais decorrentes de comportamentos rentistas configurados como crimes pelo Código Penal e legislação extravagante.

Em outras palavras: o crime pode, eventualmente, configurar uma conduta *rent-seeking*, mas desde que seja aferida a perda social; e é exatamente nesse ponto que o papel dos órgãos de controle da atividade financeira do Estado ganham extraordinário destaque, pois, de acordo com texto expresso da CF, cabe exatamente a eles o dever constitucional de realizar fiscalização financeira e orçamentária não apenas a partir de um viés legalista mas, expressamente, passando também pelo crivo da *economicidade* e da *eficiência* (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso II), o que guarda absoluta pertinência para a identificação e a quantificação de eventual perda social, ou seja, para a própria constatação da conduta *rent-seeking*.

O filtro da economicidade/eficiência constitucional relacionada à atividade financeira do Estado nada mais é que a vedação de gasto público antieconômico ou ineficiente o que, para tanto, torna indispensável que se leve em conta todas as possíveis externalidades, positivas e negativas, especialmente aquelas *sociais*.

Desse modo, cabe ao Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas, a importantíssima missão de analisar os custos e os benefícios *sociais* dos gastos públicos, a eficiência social, o retorno (ou o transtorno) social das políticas públicas financiadas por benefícios fiscais e creditícios, o atendimento à real necessidade pública do gasto realizado pelo Estado, construindo, por ocasião do controle externo, a norma jurídica da despesa pública e a respectiva norma de decisão a ser comunicada, *incontinenti*, aos gestores públicos.

MARCOS MENDES afirma que “as pessoas desperdiçam tempo e recursos em atividades *rent-seeking*: disputam entre si riquezas já existentes (em vez de se concentrarem na produção de novas riquezas ou em atividades ‘defensivas‘ (o suborno, a barganha política, a segurança privada etc.)” (MENDES, 2014, p. 116). Para o autor, “o tempo e os recursos financeiros e materiais empregados nessas atividades poderiam ser alternativamente investidos na produção de bens e serviços mais úteis à sociedade”.

Além disso, arremata, “o governo é usado por pessoas abastadas como um

instrumento para transferir rendas a grupos privilegiados, em vez de ser um provedor de bens públicos que são essenciais para o desenvolvimento, como infraestrutura e educação pública".

Estamos de acordo com tudo o que o autor menciona, mas não podemos afirmar que a mera disputa entre riquezas já existente, o tempo e o recurso financeiro e materiais empregados na busca à renda configure conduta *rent-seeking* sem antes saber se houve, *concretamente*, alguma perda social.

De uma vez por todas: *rent-seeking* é conceito que exige *resultado naturalístico*. É como um crime material que deixa seus vestígios, de sorte que o debate sobre *rent-seeking* não pode ficar restrito às condutas de busca à renda, tudo em um nível abstrato e metafísico que, para nós, apenas reforçaria a invisibilidade do tema pelo Direito Financeiro. Por isso uma perspectiva normativa pós-positivista, como veremos adiante, parece-nos imprescindível para a observação do fenômeno em termos jurídicos.

Não se pode, juridicamente, falar em *rent-seeking* sem o caso concreto, assim como não se pode equiparar lei à norma ou, no nosso caso, a norma jurídica da despesa pública com a previsão na lei orçamentária do gasto público.

Não há direito sem fato. Ambos, direito e realidade, são coconstitutivos da norma jurídica. Devem, pois, ser feitas as contas, levados em consideração todos os possíveis aspectos, linguísticos ou não, textos de normas e o caso, programa e âmbito da norma.

Assim, torna-se absolutamente indispensável que se "passe o risco embaixo", pois sem que o resultado final alcançado aponte para perda social não é correto afirmar a existência de *rent-seeking*. Quando muito poder-se-ia falar de *indícios* de *rent-seeking*. Do contrário, é simplesmente cair em uma abstração barata, num vazio inútil que não leva ninguém a qualquer lugar.

De acordo com HUGO BORSANI,

> as atividades de *rent-seeking* não geram somente transferência de renda, elas agregam custo social. Os recursos gastos em *rent-seeking* têm também um custo de oportunidade determinado pelo rendimento que esses recursos teriam gerado se empregados em atividades verdadeiramente produtivas, incrementando, destarte, a riqueza da sociedade. Além de transferir renda dos consumidores e usuários para os produtores desses bens e serviços, as atividades *rent-seeking* gastam recursos de forma ineficiente. O custo de oportunidade se traduz num gasto. Se a atividade *rent-seeking* tem sucesso, isto é, obtém do governo a regulação desejada, a

> sociedade em geral perde por duas razões: em primeiro lugar, pelo aumento do preço do produto ou serviço protegido; em segundo lugar, porque os recursos utilizados para conseguir o favor do poder público poderiam ter sido empregados em atividades produtivas. (BORSANI, 2004, p. 117.)

SANFORD IKEDA é bastante preciso na distinção entre a busca do lucro e a busca da renda. Passemos, então, a palavra ao professor de Economia na Purchase College da Universidade Estadual de Nova York:

> The difference between profit-seeking and rent-seeking is akin to that between peaceful trade and armed robbery. Both require time, energy, and skill, but one creates wealth while the other destroys it; one encourages peaceful cooperation, the other undermines it (IKEDA, 2003, p. 26).[22]

Pois bem. A perda social causada por comportamento *rent-seeking* pode ser visualizada materialmente na diminuição do crescimento econômico,[23] em serviços, compras ou obras públicas de baixa qualidade com preços elevados, na falta de inovação e competitividade empresarial, em prejuízos a consumidores e usuários de serviços públicos.

Todavia, para além de todas essas perdas apontadas, podemos mencionar a maior de todas ocasionada pelo comportamento *rent-seeking*, pois atinge *difusamente* a população presente e futura: *perda da higidez da gestão das finanças públicas*, reforçando a vetusta lição de que o orçamento é mera peça de ficção.

A higidez na gestão das finanças públicas é, quiçá, o mais importante direito fundamental, pois sem ele resta prejudicada a concretização ótima de todo e qualquer direito social fundamental. Conforme FRIEDRICH MÜLLER, “los derechos

---

[22] Tradução livre: A diferença entre a *profit-seeking* e *rent-seeking* é parecida com aquela entre o comércio pacífico e o assalto a mão armada. Ambos demandam tempo e energia. Porém, um cria riqueza enquanto outro a destrói; um encoraja a cooperação pacífica, o outro a enfraquece.

[23] Uma maneira de se mensurar a perda de crescimento econômico, a despeito de suas dificuldades práticas, é através do Produto Interno Bruto (PIB) potencial. O PIB efetivo é o valor total dos bens e serviços finais produzidos no país durante um determinado período de tempo. O PIB potencial é o nível de produto que pode ser obtido com a plena utilização dos recursos disponíveis na economia, sem gerar pressões sobre a taxa de inflação. O PIB efetivo é um agregado mensurável diretamente, enquanto o potencial só pode ser estimado, pois não é observável. O PIB potencial

> também pode ser definido como a capacidade de crescimento da economia sem causar pressões inflacionárias – se a economia crescer além do PIB potencial, surgem pressões inflacionárias. Para mensurá-lo, há várias medidas indiretas, como capacidade instalada da indústria, infraestrutura, geração de energia elétrica etc., mas faltam medidas diretas, e os resultados dependem fortemente das metodologias escolhidas. Vários métodos são usados para calcular essa variável e todos são considerados problemáticos, uma vez que ela não é observável no mundo real. (SOUZA, 2008.)

fundamentales son garantías de protección definidas de forma objetiva y referidas a situaciones materiales de carácter individual u organizativo o de índole social" (MÜLLER, 2016, p. 51).

Embora não esteja explicitamente elencado no rol do art. 5º da Constituição Federal, a higidez na gestão das finanças públicas é decorrência direta e imediata do *princípio republicano* (CF-88, art. 1º e art. 34, inciso VII, "a") e, de acordo com o § 2º do art. 5º da CF, *os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados*.

MARIO PRESTES MOZONI NETO afirma que "cada unidade de renda transferida para um grupo pequeno de produtores na forma e pretexto de políticas industriais e comerciais é uma unidade de renda perdida por um grupo grande de consumidores" (MOZONI, 2001, p. 109-110).

Somente comprovando-se a conduta rentista, o liame e a perda social é que a *rent-seeking* se aflora em perfeição, toma sua feição propriamente dita e mostra-se apta a espraiar seus deletérios e sorrateiros efeitos sobre o gasto público, maculando-o com a mais severa consequência jurídica: sua inconstitucionalidade. Além disso, em decorrência direta e indeclinável do princípio republicano está a exigência de responsabilidades de gestores e de rentistas.

O pano de fundo é que o comportamento *rent-seeking* bloqueia o processo competitivo de inovações,[24] deixando os consumidores menos conscientes de métodos mais eficientes ou melhores fornecedores.

Como observam CLÁUDIO D. SHIKIDA e ARI FRANCISCO DE ARAÚJO JR. "em uma

---

[24] De acordo com KEVIN M. MURPHY, ANDREI SHLEIFER e ROBERT W. VISHNY:

> [...] Economic growth often depends critically on investment and innovation. This raises the obvious questions: is rent-seeking likely to attack the innovation sector or the production sector more severely? That is, is rent-seeking particularly bad for growth? To address this question, it is useful to distinguish between private and public rent-seeking. Private rent-seeking takes the form of theft, piracy, litigation, and other forms of transfer between private parties. Public rent-seeking is either redistribution from the private sector to the state, such as taxation, or alternatively from the private sector to the government bureaucrats who affect the fortunes of the private sector. The latter kind of public rent-seeking takes the form of lobbying, corruption, and so on. Private rent-seeking, such as that described in our model, attacks the production, rather than the innovative sector of the economy. [...] In contrast, public rent-seeking attacks innovation, since innovators need government-supplied goods, such as permits, licenses, import quotas, and so on, much more so than established producers. [...] Of course, the govenment can also try to blackmail the established producers into getting some new licenses and permits. If the government makes no commitments, established and potential producers are in the same boat. Even so, more likely tha not, new producers are more vulnerable to public rent-seeking. (MURPHY; SHLEIFER & VISHNY, 1993, p. 409-414.)

sociedade onde é baixa a possibilidade de captura de rendas, uma empresa, para ampliar seus lucros, irá investir em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, gerando inovações e maior produtividade" (SHIKIDA & ARAÚJO JR., 2006, p. 79-80).

Por outro lado, asseveram, "em uma sociedade onde há espaço para capturar rendas através de influência política, essa mesma empresa terá incentivos para investir seu dinheiro em propinas a políticos que tenham poder para, por exemplo, criar leis de reserva de mercado" (SHIKIDA & ARAÚJO JR., 2006, p. 79-80).

Veja-se que a inovação é uma prática valorizada em *diversos* dispositivos da CF e torna-se espicaçada pela *rent-seeking*.

No início de 2015, veio a lume a Emenda Constitucional (EC) n. 85/15, também conhecida como 'Emenda da Inovação', representado um marco no estreitamento das relações entre Estado e sociedade civil. O texto constitucional foi alterado em diversos dispositivos com o propósito, justamente, de o Poder Público fomentar o desenvolvimento nas áreas de pesquisa e inovação.

A inovação foi acrescida aos temas que fazem parte da ordem social brasileira (título VIII), juntamente à ciência e à tecnologia. Houve alterações no nome do capítulo IV desse título, passando a ser denominado "Da Ciência, Tecnologia e Inovação", e em vários dispositivos do artigo 218, iniciando-se pela obrigação que agora o Estado brasileiro tem de promover a capacitação também em inovação (*caput*) e dar a este tema *tratamento prioritário para seu progresso* (parágrafo 1º).

Na seara orçamentária, por exemplo, a EC 85/2015 acrescentou o parágrafo 5º ao artigo 167, excetuando a necessidade de autorização legislativa (contida no inciso IV) para transposição, remanejamento ou transferência de uma categoria de programação para outra quando se tratar de atividades de ciência, tecnologia e inovação.

Determina o art. 219, parágrafo único da CF, que o Estado (União, estados, DF e municípios) *estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privado*.

O conceito legal de inovação foi modificado para significar a

> introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo

> ganho de qualidade ou desempenho (nova redação do artigo 2º da Lei n. 10.973/04 dada pela Lei n. 13.243/16).

Geralmente, a conduta *rent-seeking* é avessa à inovação, ao valor constitucional expressamente consagrado. Disto fica reforçada a ideia de que tal conduta *não tem* suporte no sistema jurídico e, especificamente em relação ao Direito Financeiro, encontra óbice expresso no art. 70, *caput* e art. 74, II, da Constituição, tisnando a norma jurídica da despesa pública com o vício jurídico mais grave possível: sua inconstitucionalidade.

A necessidade de se constatar concretamente a perda social para a configuração do comportamento *rent-seeking* afasta deste conceito figuras assemelhadas como o chamado 'efeito carona' (*free rider*).

O comportamento *free rider*, introduzido inicialmente na Economia pela teoria dos bens públicos, ocorre em situações nas quais uma pessoa extrai uma "externalidade positiva" das ações de terceiros – isto é, um benefício pelo qual ela não pagou. Isso ocorre em situações em que o efeito benéfico de uma ação *não é exclusivo*, o que significa que pessoas que nada têm a ver com a ação não podem ser impedidas de usufruir desses benefícios, bem como *não implica rivalidade* (quando o consumo de determinado bem não implica a redução do montante disponível para outros).

Desse modo, pessoas acabam "pegando carona" na ação alheia. Não há neste tipo de comportamento uma perda social ou qualquer violação de norma jurídica, ambos verificados no *rent-seeking*.

Conforme HUGO BORSANI, "o comportamento *free rider* implica se beneficiar dos logros do grupo sem pagar os custos, isto é, sem contribuir para o bem coletivo. O problema do *free rider* permeia toda a análise da ação coletiva" (BORSANI, 2004, p. 115). Com efeito, salienta o autor que

> a dificuldade da ação coletiva é fundamentalmente um problema nos grupos grandes. Em grupos pequenos (ou 'privilegiados'), a não contribuição de um dos membros é facilmente percebida por todos os integrantes do grupo, o que reduz as possibilidades de que isso aconteça [e, ao contrário] em grupos grandes, o *free rider* não é facilmente identificado, e sua negativa a contribuir não impede que o bem coletivo seja produzido. (BORSANI, 2004, p. 115, grifos nossos.)

O exemplo de BEN O'NEILL (2010) é bastante esclarecedor. Imaginemos que

> um apicultor pode cultivar abelhas unicamente com o intuito de produzir mel. Entretanto, um efeito subsidiário dessa atividade – uma externalidade – é que as abelhas irão polinizar as flores das propriedades adjacentes, beneficiando os donos dessas propriedades sem que eles tenham custo algum. Tampouco há alguma maneira prática por meio da qual o apicultor pode produzir seu mel sem conceder esse benefício aos seus vizinhos. Assim, o "bem" fornecido aos proprietários adjacentes é não excludente. [...] O apicultor opta por comprar abelhas porque espera ficar em melhor situação em decorrência de sua ação. Ademais, como consequência involuntária dessa sua compra, os donos das propriedades adjacentes usufruirão o benefício trazido por essas abelhas, a custo zero. Isso pode parecer um evento fortuito – até mesmo algo a ser celebrado. Entretanto, há um "problema" – ou, para ser mais exato, um "problema" do carona. O problema não é que alguém tenha agredido outro alguém. Não é que os direitos de alguém tenham sido violados. Não é nem mesmo que alguém tenha sofrido qualquer tipo de dano. Particularmente, há aí um "problema" apenas quando se compara ao que *poderia* ter sido feito para impedir essa situação – um problema de uma suposta subprodução ineficiente do bem em questão. Em outras palavras, o problema é que, não fosse o caráter de não exclusividade do bem, as coisas *potencialmente* poderiam ter sido ainda melhores.

Portanto, o carona (ou *free rider*) é um agente que usufrui de determinado benefício sem que tenha arcado com os respectivos custos, ou seja, "a person who receives the benefit of a good but avoids paying for it" (MANKIW, 2006, p. 209).

A relação do tema com nosso trabalho ocorre porque o *free rider* pode simplesmente pegar carona no comportamento *rent-seeking* de outrem, como uma determinada empresa que, embora não buscando qualquer benefício tributário, acaba se beneficiando com o mesmo benefício buscado por outras empresas do mesmo ramo.

Pois bem, feita a distinção conceitual, é importante deixar claro que o comportamento *rent-seeking* deve ser analisado, necessariamente, sempre dentro de um contexto concreto, pois só assim entendemos ser possível eventual conclusão de que referida atividade causa perdas sociais.

Sem a análise de custo-benefício e da eficiência, ou seja, sem o controle da economicidade/eficiência do gasto público em determinada situação concreta a *rent-seeking* permanecerá na sombra do Direito Financeiro e o controle quedará num plano eminentemente formal e exegético.

Nessa toada, é imprescindível uma constatação empírica, uma verificação histórico-temporal, isto é, uma avaliação séria sobre a *qualidade* do gasto público, o que deve ser realizado pelos setores técnicos dos órgãos de controle da atividade

financeira do Estado, especialmente o Tribunal de Contas e o Ministério Público de Contas, quando se analisa a economicidade/eficiência do gasto público (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso II).

O controle do *rent-seeking*, a partir de cada específica situação em concreto, é fundamental pois todo recurso empregado pelos rentistas para a aquisição, manutenção ou expansão da renda disponibilizada em razão da intervenção estatal, o que *em tese* poderia ter um custo social à vista da improdutividade de riqueza, pode ter uma significância apequenada diante dos eventuais benefícios advindos à sociedade no decorrer, por exemplo, da execução do contrato administrativo que deu azo à competição pela renda. Tudo isso é necessário que seja analisado. Todas as possíveis externalidades devem ser devidamente colocadas na balança ao ser realizado o controle da economicidade/eficiência do gasto público.

De acordo com ROBERTO MERCADO LEBRÃO, EMERSON CESAR DA SILVA GOMES e LICURGO MOURÃO, "o controle da economicidade está relacionado à ideia de desempenho qualitativo, isto é, à busca da melhor equação custo-benefício nas receitas e dispêndios públicos" (LEBRÃO; GOMES & MOURÃO, 2015, p. 142).

O controle da atividade financeira do Estado realizado pelo viés da economicidade, de acordo com JOSÉ MAURÍCIO CONTI,

> analisa os atos administrativos do ponto de vista econômico, no sentido de verificar-se se, por ocasião de sua realização, houve adequada observância da relação custo-benefício, de modo que os recursos públicos tenham sido utilizados da forma mais vantajosa e eficiente para o Poder Público (CONTI, 1998, p. 5).

No caso do comportamento *rent-seeking*, há uma perda social que, conforme MARCOS LISBOA e SAMUEL PESSOA:

> É disseminado por toda a sociedade, prejudicando a produtividade e o crescimento econômico. Sobretudo, esse custo é pago pela maioria invisível, a que não escreve nos jornais, não frequenta as universidades públicas, não recebe crédito subsidiado, não se beneficia de medidas de proteção setorial e não se aposenta como funcionário público. [...] Dado que o custo da criação do privilégio ou sinecura recai sobre o Tesouro e se dilui na forma de um *deficit* público ou uma carga tributária um pouco maior, não há mecanismos de defesa do interesse comum. Ou seja, temos o confronto entre o pequeno e aguerrido grupo forçando o seu interesse particular contra a maioria desorganizada que tem dificuldades em perceber os efeitos maléficos da sinecura sobre o bem comum. [...] A maioria dos indivíduos de nossa sociedade se beneficia de alguma meia-entrada. Todos, porém, pagam a conta dos privilégios e benefícios concedidos aos grupos

> selecionados. O resultado é a imensa complexidade institucional, resultado das múltiplas regras para garantir o tratamento diferenciado aos grupos selecionados. Essa complexidade e suas diversas distorções geram custos difusos para toda a sociedade, o custo Brasil, nome genérico para a dificuldade adicional de produzir e trabalhar no país. O custo que torna todos nós mais pobres. Infelizmente, as famílias sem representação organizada, em geral as mais pobres, sofrem ainda mais os custos de um país excessivamente sensível aos grupos de interesse (LISBOA & PESSÔA, 2016).

A inafastabilidade do conceito de *rent-seeking* acerca dos efeitos deletérios desta atividade à sociedade é diretamente proporcional à dificuldade que a Economia tem para mensurar concretamente essas perdas sociais.

Com efeito, o grande entrave que a Teoria da Escolha Pública aponta quando se trata de *rent-seeking* é justamente a mensuração de seu custo social. Observa HUGO BORSANI que "geralmente ele é medido pelo crescimento provável do PIB se os gastos empregados em obter o privilégio do governo tivessem sido empregados de forma mais produtiva". As dificuldades empíricas dessa mensuração acabam se traduzindo "numa grande variedade de resultados em diferentes pesquisas" (BORSANI, 2004, p. 119).

Todavia, é preciso que deixemos bem remarcado que o fato de ser difícil tal mensuração da perda social não pode, jamais, ter o condão de deixar a atividade *rent-seeking* simplesmente inócua aos olhos do Direito Financeiro, até mesmo porque a própria CF determina expressamente que, no exercício do controle externo realizado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, qualquer despesa pública deve ser avaliada pelo critério da economicidade (CF-88, art. 70, *caput*), fiscalizando-se, ainda, o aspecto operacional, que é aquele em que se avalia o resultado.

Na análise da economicidade, portanto, é preciso considerar o custo de comportamentos rentistas que ocasionam perdas sociais, podendo mascarar o verdadeiro custo da necessidade pública atendida pela despesa pública fixada no orçamento. Do contrário, a norma jurídica da despesa pública fica capenga, em descompasso com o texto constitucional e, no limite, acarretando a inconstitucionalidade da norma de decisão sobre o gasto público, com toda consequência que disto decorre (v.g. responsabilidade financeira).

Para nós, essa invisibilidade no Direito Financeiro da *rent-seeking* decorre basicamente de uma postura que ainda é preponderante na doutrina e

jurisprudência de considerar a despesa pública apenas sob um aspecto formal, contábil, ou seja, como fixação de montante pecuniário no orçamento público, *considerando a LOA a própria norma jurídica* e, portanto, fazendo vista grossa a toda realidade circundante que sempre está por trás da despesa pública formalmente considerada, isto é, ignorando os possíveis efeitos sociais negativos de condutas *rent-seeking*, que, no limite, poderiam negar os próprios montantes fixados no orçamento a título de despesa pública se fossem considerados seus custos.

Nosso intuito é justamente lançar luzes sobre este lado escuro do gasto público e descortinar os malefícios da atividade *rent-seeking* em relação ao Direito Financeiro, em especial sobre o gasto público, sugerindo uma possível resposta jurídica deste ramo do Direito, a partir da construção de uma norma jurídica da despesa pública que leve realmente a sério o texto da CF, como veremos no capítulo seguinte.

2.2 PROPENSÃO AO *RENT-SEEKING* NO BRASIL

Comportamentos voltados para a exclusiva exploração de riquezas, sem quaisquer compromissos com seus possíveis impactos sociais negativos, estão incrustados no DNA das instituições brasileiras desde os primeiros momentos do período colonial (MENDES, 2014, p. 123-124).

Desde a primeira edição, em 1936, o apontamento de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA em seu *Raízes do Brasil* – verdadeiro clássico da Historiografia e da Sociologia brasileira – continua atual. De acordo com o autor:

> No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. [...] A contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o “homem cordial”. (HOLANDA, 2015, p. 175-176.)

Este relato parece acompanhar todo o desenrolar da história brasileira até os dias atuais, dando azo ao internacionalmente conhecido ‘*jeitinho brasileiro*’, que ensina precisamente “a arte de ser mais igual que os outros” (BARBOSA, 1992).

Vale a pena transcrever excerto do editorial do jornal Folha de S. Paulo do dia

26 de setembro de 2016, na antevéspera das eleições municipais:

> É espantosa a resistência de certos vícios brasileiros. Tome-se, por exemplo, a indistinção entre o público e o privado [...]. O hábito daninho, originário do período colonial, perpassou séculos e adaptou-se a distintas configurações, cedendo pouco. Levantamento desta Folha detectou provas desse arcaísmo político na campanha eleitoral de alguns estados, nos quais candidatos a prefeito e vereador que são parentes de caciques partidários foram beneficiados por fatias bem generosas do Fundo Partidário. [...] Num cenário de escassez de verbas e de regras morais maleáveis ao sabor da ocasião, pode-se imaginar a volúpia com que muitos se valem do fundo em proveito próprio, de familiares ou amigos. Aos correligionários sem *pedigree*, em casos extremos, o sepultamento da candidatura será inevitável. [...] Apropriando de verbas públicas, os caciques perpetuam não apenas seus clãs, mas também um conjunto de práticas antirrepublicanas das quais há muito o país quer se livrar (FOLHA DE S. PAULO, 2016).

É preciosa e sempre atual, outrossim, a observação de RAYMUNDO FAORO no sentido de que "em lugar da renovação, o abraço lusitano produziu uma *social enormity*, segundo a qual velhos quadros e instituições anacrônicas frustram o florescimento do mundo virgem" (FAORO, 2001, p. 863). E explica:

> De D. João a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político ou o pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização, moldou a realidade estatal, sobrevivendo e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi.

Como aponta MAILSON DA NÓBREGA, "o Brasil herdou de Portugal patrimonialista uma cultura de baixa ou de nenhuma valorização do processo orçamentário e das instituições fiscais. As posses dos reis portugueses se confundiam com as finanças do país" (NÓBREGA, 2016, p. 27).

É possível perceber constantemente este patrimonialismo a que alude RAYMUNDO FAORO, esta falta de distinção entre o público e o privado nas tomadas de

decisões políticas e jurídicas,[25] fruto desta "cordialidade" do homem brasileiro a partir de uma colonização aventureira e patriarcal, em uma propensão para sobrepor as relações familiares e pessoais às relações públicas.

De acordo com MARCOS MENDES (2014, p. 119):

> No caso brasileiro, o grande 'extrator' de rendas era a metrópole portuguesa, que utilizava as atividades econômicas da colônia como fonte de renda para seu sustento. Procedimentos típicos de uma regulação extrativa de renda, utilizadas por Portugal e por outros países colonizadores, são: proibição à colônia de comercializar com outros países que não a metrópole; restrições ao cultivo de outros produtos que não o da monocultura de interesse da metrópole; exigências de autorizações e alvarás para que colonos abrissem novos negócios; concessão de monopólio para exploração de serviços (navegação, por exemplo) a empresas e pessoas ligadas aos governantes; tributação excessiva. A consequência de um modelo colonial extrativista é o surgimento de uma classe próxima ao centro de poder metropolitano (corte real, burocracia de Estado) que passa a viver das rendas extraídas pelos procedimentos listados. A outra consequência é a criação de um mercado de influência, no qual indivíduos de alta renda, que exploram atividades econômicas nas colônias, passam a buscar meios de ter acesso ao Rei para obter favores, concessões, monopólios e redução da regulação que recai sobre eles.

Mesmo ao longo de todo o período pós-colonial foram estruturadas

---

[25] De acordo com a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de LUHMANN, esta cordialidade significa nada menos do que a desdiferenciação do sistema do Direito frente aos demais subsistemas sociais. Como assevera seu autor:

> Un sistema juridico expuesto frecuentemente a las intromisiones – y quién negaría que esto sucede a menudo? – opera en el estado de corrupción. [...] El sistema se mantiene simulando legalidad, aunque no renuncia a la normatividad en general. No obstante, mediatiza el código derecho/no derecho anteponiendo una distinción al recurrir a *un valor de rechazo* (Gothard Gunther), que permite la subordinación oportunista a las elites capaces de imponerse (LUHMANN, 2005, p. 137-138).

Para RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI,

> o problema da corrupção do código surge, portanto, quando uma instância de decisão acoplada estruturalmente a um sistema produz operações de outro sistema. Uma decisão corrupta é, por exemplo, uma decisão judicial (sistema de organização judiciária) que, ao invés de decidir sob a diferença direito/não direito, decide com base na diferença lucro/prejuízo (economia), sustentável/não sustentável (ecologia), amigo/inimigo (afetividade), situação/oposição (política), moral/imoral (ética) etc. Como também será corrupta uma decisão bancária que não operou com base no código lucro/prejuízo, mas no código direito/não direito, poder/sujeição, moral/imoral etc. A diferenciação funcional de cada sistema da sociedade garante a unidade operacional como unidade da diferença entre identidade e diferença. Qualquer violação a essa diferença, provocada por uma instância de decisão, pode então ser chamada corrupção (SIMIONI, 2011, p. 178).

MARCELO NEVES aborda o tema da (falta da) autonomia do sistema do Direito e sua autopoiese diante dos códigos das "boas relações" (NEVES, 1995, p. 17-18); no mesmo sentido, GUILHERME LEITE GONÇALVES tematiza a interpretação jurídica baseada na "hermenêutica da cordialidade" (GONÇALVES, 2010, p. 16-31).

“instituições voltadas para forte controle e extração de rendas do governo, mecanismos de acesso privilegiado a essas rendas pelos grupos sociais mais ricos, e a consequente realimentação de um alto grau de desigualdade social” (MENDES, 2014, p. 121). No fundo, percebe-se que na base está a ausência de uma clara distinção entre o público e o privado, uma das molas propulsoras de condutas *rent-seeking*.

Muito embora o intuito extrativista que acompanha nossa história desde os períodos coloniais, por si só, não permita que se afirme que o Brasil seja uma “sociedade *rent-seeking*”, o fato é que “o espaço para *rent-seeking* dentro desse modelo de ação governamental é grande. O grau de proteção de cada setor depende da influência dos interessados junto ao governo” (MENDES, 2014, p. 122).

Após um longo período de repressão militar, a Constituição Federal de 1988, na esteira das modernas constituições democráticas, abrindo-se à democracia, possibilita o acesso à renda disponibilizada pelo Estado por uma incomensurável gama de grupos de interesse dos mais diversos níveis sociais possíveis, recrudescendo a caça à renda, o que deveria exigir, proporcionalmente, um recrudescimento do controle qualitativo das mesmas rendas pelos órgãos de controle interno e externo das finanças públicas.

Talvez não por outra razão, a mesma Constituição inovou exigindo que a fiscalização financeira e orçamentária seja realizada, também, pelo critério da economicidade, considerada por alguns como o controle da própria “moralidade pública e justiça financeira” (TORRES, 2000, p. 378).

Como aponta MARCOS MENDES, “ao transitar de um regime fechado, sem espaço para pressões políticas por redistribuição, para um regime aberto, com ampla representação política, a sociedade brasileira viu explodir as demandas de diversos grupos de interesse” (MENDES, 2016, p. 286).

Ainda de acordo com o autor, “a combinação da grande heterogeneidade social com a ampla liberdade de reivindicação e de representação política acaba levando a forte conflito distributivo. [...] O resultado é o baixo crescimento econômico” (MENDES, 2016, p. 286).

Assim, arremata: “o bolo de renda a ser dividido fica menor do que poderia ser, o que reforça o conflito original, colocando o país em uma armadilha de baixo crescimento e limitada capacidade de fazer reformas capazes de quebrar privilégios

e de aumentar a eficiência e o crescimento” (MENDES, 2016, p. 286).

De modo irônico, CLÁUDIO D. SHIKIDA e ARI FRANCISCO DE ARAÚJO JR. afirmam que

> uma sociedade onde predomina o comportamento *rent-seeking* é aquela em que muitas vezes vale mais a pena ir a um jantar com autoridades e pessoas influentes, onde se pode fazer relacionamentos valiosos, do que ficar em casa estudando para se tornar um profissional mais eficiente. (SHIKIDA & ARAÚJO JR. 2006, p. 80.)

É nesse sentido que se torna pertinente a indagação acerca da *propensão* do Brasil para as condutas *rent-seeking*, pois na raiz de tais comportamentos encontramos verdadeiras práticas antirrepublicanas arraigadas na gestão da coisa pública.

Nos 28 anos de nossa Constituição Federal, FERNANDO FACURY SCAFF aponta o que restou de amores: “A esperança de conseguirmos fazer com que o sol brilhe para todos em *Terra Brasilis*, e não apenas para alguns, que usam os mecanismos orçamentários em proveito próprio. É preciso acabar a cultura do *farinha pouca, meu pirão primeiro*” (SCAFF, 2016, grifos do autor). Comportamentos *rent-seeking* bebem desta fonte e, muitas vezes em nome do atendimento de um suposto interesse coletivo, escondem perversos interesses privados e egoísticos que obnubilam verdadeiros interesses difusos de uma comunidade inteira, de populações presentes e vindouras.

Se, por um lado, parece-nos bastante evidente que, em decorrência da ausência de uma sólida cultura republicana em solo brasileiro, haja uma fortíssima *propensão* ao *rent-seeking*, por outro, entendemos que enquanto inexistir no Brasil um controle, interno e externo, da atividade financeira do Estado que verdadeiramente atenda às exigências da Constituição Federal (CF-88, arts. 70, 71 e 74), em especial a análise da economicidade e eficiência do gasto público, daquilo que (não) está tendo retorno positivo para a sociedade, simplesmente não há como se afirmar a existência de *rent-seeking*.

Queremos deixar bem remarcado, portanto, o equívoco de fazer uma vinculação necessária e apriorística entre atividades rentistas e condutas *rent-seeking*, como se toda e qualquer busca ou caça à renda, *per se*, acarretasse perdas sociais e, portanto, pudesse ser entendida como *rent-seeking*.

JOANA NARITOMI, RODRIGO SOARES e JULIANO ASSUNÇÃO, por exemplo,

consideram que os dois mais importantes períodos de expansão econômica durante a história colonial brasileira – os conhecidos ciclos da cana-de-açúcar e do ouro – estavam intrinsecamente conectados com os comportamentos *rent-seeking* por parte de Portugal, o que, segundo os autores, seria a razão atual de desigualdades na distribuição de terras (para aqueles municípios ligados ao ciclo da cana-de-açúcar), piores práticas governamentais e menos acesso à justiça (para os municípios com origens relacionadas ao ciclo colonial do ouro), bem como menor renda *per capita* e menor provisão de utilidades públicas (NARITOMI; SOARES & ASSUNÇÃO, 2009).

Para FERNANDO ZANELLA, ROBERT EKELUND e DAVID LABAND, no período colonial, Portugal dependia fortemente das receitas brasileiras para sustentar a Coroa Portuguesa e por esta razão o aparato burocrático foi desenvolvido para maximizar a extração da renda (ZANELLA; EKELUND & LABAND, 2003, p. 385).

A corte de nobres que chegou ao Brasil, em março de 1808, não tinha recursos financeiros. Como meio de fazer dinheiro, o príncipe Dom João VI vendeu 119 títulos de nobreza não hereditários para os comerciantes locais: 25 barões, 30 viscondes, 49 condes, 13 marqueses e 2 duques, sendo que tais títulos, conforme os autores, permitiam a entrada no mercado *rent-seeking* da Coroa (ZANELLA; EKELUND & LABAND, 2003, p. 386).

Ainda de acordo com os autores:

> In Brazil, the central government (crown) was the primary vehicle for redistributing wealth […]. To participate in the competition for special favors, rent-seekers had to give the appearance of wealth. The appearance of wealth, in turn, was on way of securing invitations to parties and other social events at which crown officials were present […]. These social events provided opportunities to develop and maintain contacts with influential persons and to secure jobs, favors, and economic privileges. Nobility provided entrance to the social scene; for this reason a title of nobility was sine qua non for entering the rent-seeking market. 'Patents' of nobility were akin to a 'fixed cost' entry – similitar to an ante in poker – into the rent-seeking game being played in Brazil.

Os autores fazem um comparativo entre o período colonial brasileiro e o norte-americano, caracterizando ambos como "sociedades *rent-seeking*", muito embora com diferenças que acarretaram consequências no crescimento econômico do século XIX, especialmente porque, no Brasil, em razão do contexto histórico do início do século XVIII (vinda da Família Real, burocracia e a "independência"

brasileira sob o domínio da Coroa Portuguesa), desenvolveu-se uma estrutura a qual os comportamentos *rent-seeking* poderiam ser efetivamente controlados.[26]

Como dito e com todo respeito aos entendimentos mencionados, não podemos afirmar que houve *rent-seeking* desde o Brasil Colônia ou que assim esteja acontecendo no Brasil atual, por mais intransparente e aparentemente ineficiente que tenha sido ou que seja a realização do gasto público (e do próprio controle interno e externo das finanças públicas), pela simples ausência de um verdadeiro controle da economicidade e eficiência, seja antes ou atualmente, conforme exigido pela Constituição Federal.

Assim, melhor afirmar a existência de *fortes indícios* de *rent-seeking*, especialmente tendo em vista o modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar decisões de interesse, que sempre existiu e mais do nunca ainda existe, especialmente após o período de privatização nos anos 90.

SÉRGIO LAZZARINI denominou referido modelo de *capitalismo de laços*, ou seja, um emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos, no qual a relação empresariado-governo torna-se cada vez mais íntima e imbricada.

De acordo com o autor:

> O termo 'laços' pode denotar relações próximas, íntimas, duradouras. Aqui, entretanto, o significado é mais no sentido de relações sociais valiosas: um contato pessoal que é estabelecido para obter algum benefício particular ou, ainda, um gesto de apoio visando algo em troca no futuro. [...] Sob a influência de contatos – incluindo contatos com políticos e governantes –, os recursos poderiam ser mal alocados na sociedade, favorecendo os interesses das partes envolvidas. Essa má alocação pode ocorrer de duas formas. Primeiro, induzindo decisões empresariais pautadas por ideologias particulares ou motivos políticos dos governantes. [...] Segundo, conferindo vantagens àqueles que têm 'contatos certos', independentemente do seu mérito pessoal. Sem esses contatos, empreendedores com projetos tão ou mais meritórios podem ser alijados do jogo econômico. [...] Trata-se,

---

[26] Dizem os autores:

> We have characterized both colonial U.S. and Brazil as mercantile, rent-seeking societies. But while superficially similar, flagrant opportunistic behavior under English mercantilism ensured its ultimate demise and the creation of an entrepreneurial profit-seeking society supportive of economic growth in the 19th century. In Brazil, the conditions affecting mercantile rent seeking were quite different. Movement en masse of the Portuguese Crown and bureaucracy to Brazil in 1808 and the ensuing Brazilian 'independence' under Crown dominance provided a structure through which opportunistic behavior could be effectively controlled. (ZANELLA; EKELUND & LABAND, 2003, p. 394.)

> segundo críticos, de um desperdício real e direto de recursos da sociedade, recursos que poderiam ser destinados a fins e usos mais produtivos. (LAZZARINI, 2011, p. 4-5.)

Para LAZZARINI, esta nova feição do capitalismo tem consequências positivas e negativas. Do lado positivo, as aglomerações econômicas, muitas vezes com a presença do Estado, permite uma junção de forças para executar projetos de larga escala e com prazos mais longos.[27] Do lado negativo, o capitalismo de laços cria incentivos para empresários buscarem ativamente vínculos com atores governamentais como estratégia única de obter recursos diferenciados, vários tipos de proteção e outras vantagens não disponíveis a empreendedores menos conectados (menos tributos, relações trabalhistas menos rígidas, apoio a determinado setor industrial, créditos subsidiados a taxas de juros inferiores às de mercado etc.) (MAZZUCATO, 2014, p. 11.).

É justamente nesse lado negativo do capitalismo de laços apontado por LAZZARINI que pode residir o comportamento *rent-seeking*, ou seja, na busca empregada por grupos econômicos exclusivamente para obtenção de vantagens ou privilégios decorrentes da intervenção do Estado no domínio econômico, como isenções tributárias específicas a determinados setores, créditos subsidiados a determinadas empresas a juros inferiores aos de mercado ou contratos administrativos garantindo, na prática, “equivalentes“ de monopólios aos que forem vencedores nas concorridas e vultosas licitações (v.g. contratos de concessão de serviços ou obras públicas).

Para ALDO MUSACCHIO e SÉRGIO LAZZARINI, o processo de privatização que começou na década de 1980 na Europa e se difundiu mundo afora na década de 1990, atingindo o governo Fernando Henrique Cardoso, na década de 90, “não redundou na plena desarticulação dos sistemas de capitalismo de Estado desenvolvidos no século XX, mas, sim, na transformação da maneira como os governos gerenciam as grandes empresas estatais” (MUSACCHIO & LAZZARINI,

---

[27] MARIANA MAZZUCATO, por exemplo, menciona que os revolucionários produtos da Apple, iPhone e iPad, talvez não existissem “sem o maciço investimento público por trás das revoluções da informática e da *internet*“, de sorte que “a genialidade e o ‘espírito louco’ de Steve Jobs só produziram sucesso e lucros maciços porque a Apple conseguiu surfar na onda de investimentos enormes feitos pelo Estado em tecnologias ‘revolucionárias’ que deram sustentação ao iPhone e ao iPad: a *internet*, o GPS, telas sensíveis ao toque [*touch-screen*] e tecnologias de comunicação. Sem essas tecnologias financiadas com recursos públicos, não teria havido nenhuma onda para surfar tolamente“. (MAZZUCATO, 2014, p. 127.)

2015, p. 35).

Aliás, esse processo de abertura econômica e privatização verificado na década de 90 no Brasil acabou formando uma rede de negócios ainda mais centralizada e aglomerada, reafirmando o *small-world pattern*, caracterizado pela *densidade local* (grupos de proprietários extensamente conectados uns aos outros) e *conectividade entre os grupos* (BROOKFIELD; CHANG; DRORI; ELLIS; LAZZARINI; SIEGEL; BARDINA, 2012, p. 77, 99-102).

A partir desta percepção, ALDO MUSACCHIO e SÉRGIO LAZZARINI ampliam "o espectro da intervenção do Estado para incluir não só modelo em que o Leviatã é empreendedor – controlando e gerenciando as empresas estatais –, mas também os modelos em que o Leviatã é investidor majoritário ou investidor minoritário" (BROOKFIELD; CHANG; DRORI; ELLIS; LAZZARINI; SIEGEL & BARDINA, 2012, p. 18).

O modelo do Leviatã como investidor majoritário é uma forma de privatização parcial em que o Estado retém o controle acionário enquanto atrai investidores privados minoritários.

Por outro lado, o governo também exerce uma influência indireta na Economia. Nesse sentido, atua como "acionista minoritário e fornecedor de empréstimos de empresas privadas". Esse modelo os autores denominam de Leviatã como investidor minoritário, ou seja, um "capitalismo de Estado mais matizado e híbrido em que participantes privados gerenciam a empresa que o governo deseja apoiar com recursos financeiros" (BROOKFIELD; CHANG; DRORI; ELLIS; LAZZARINI; SIEGEL & BARDINA, 2012, p. 19).

Neste último modelo de organização do capitalismo de Estado podem ser mencionados os exemplos de empresas parcialmente privatizadas com capital próprio residual e minoritário estatal, empresas com investimentos de fundos soberanos (*sovereign wealth funds*) e de outros fundos controlados pelo Estado (fundos de pensão e empresas seguradoras) e, para o que nos diz mais de perto, empresas que recebem empréstimos e capital próprios de bancos de desenvolvimento estatais, caso brasileiro de créditos subsidiados concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Estas novas concepções do capitalismo de Estado mostram que, mesmo após o *boom* das privatizações nos anos 80 e 90 do século passado, a participação

e a influência do Estado na economia prosseguiu e permanece mais forte do que nunca.[28] A reboque disso, evidentemente, a atividade empresarial de *rent-seeking* tende a crescer proporcionalmente a esta intervenção cada vez mais difusa do Estado no domínio econômico.

Um empresariado que queria se conectar com o governo e um governo que propõe benefícios ao empresariado, seja na forma de empréstimos a juros menores que os de mercado, seja na forma de prestação de serviços em regime praticamente monopolista, investimentos acionários através de fundos públicos ou ainda de benefícios fiscais: eis um ambiente bastante propício para o *rent-seeking*.

Agora, repisando o que já deixamos assentado linhas atrás, é preciso deixar bastante evidente que o fato de haver referidas "benesses" por parte do Estado, atividades promocionais ou de fomento visando estimular determinadas atividades particulares,[29] não nos permite afirmar que houve *rent-seeking*. Este é um ponto muito importante no debate, pois sustentar o contrário, além de representar uma análise abstrata (quase metafísica) da atividade *rent-seeking*, também escanteia da análise um de seus componentes essenciais – a perda social –, dificultando ainda mais a distinção entre *profit-seeking* e *rent-seeking*.

Em outras palavras: como já deixamos registrado ao depurarmos o conceito de *rent-seeking*, para que se esteja diante desta atividade, é indispensável a verificação concreta e a mensuração, ainda que aproximativa, da perda social ocasionada. Sem estas informações, qualquer alusão ao *rent-seeking* torna-se equivocada e distante da realidade.

De todo modo, como acentua PEDRO CAVALVANTI FERREIRA, "há pouca racionalidade econômica na política comercial brasileira, que acaba refletindo, em grande parte, a pressão de setores organizados por maior proteção", sendo que "as

---

[28] JON BROOKFIELD, SEA-JIN CHANG, ISRAEL DRORI, SHMUEL ELLIS, SÉRGIO G. LAZZARINI, JORDAN I. SIEGEL e JUAN PABLO VON BERNATH BARDINA apontam que:

> The Brazilian government intended to maintain its presence in the economy despite the intense privatization programs of the 1990s. After the privatization auctions, the federal government preserved its indirect ownership stakes, particularly via its development bank, BNDES, and pension funds of state-owned companies. (BROOKFIELD; CHANG; DRORI; ELLIS; LAZZARINI; SIEGEL & BARDINA, 2012, p. 101.)

[29] Sobre a necessidade de se controlar de perto as atividades de fomento, porque constituem "ayudas que, en definitiva, constituyen gastos públicos y que, por tanto, han de ser asignadas no sólo de manera equitativa (esto es, conforme al principio de igualdad), sino también eficiente y austera". (PASTOR, 2000, p. 350.)

vantagens obtidas por estes grupos implicam em perdas para o resto da sociedade" (FERREIRA, 2014).

Ao se referir ao fato de que no final de 2008 os bancos ligados às montadoras de veículos automotores receberiam R$ 4 bilhões do Banco do Brasil para manterem seus programas de financiamento de carros novos e usados, a baixas taxas de juros e prazos de crediário mais longos, JORGE VIANNA MONTEIRO assevera que "uma possibilidade para o atendimento dessa ocorrência é que a indústria automotiva tem capacidade para fazer uma *ameaça política com credibilidade*", restando evidente que "a provisão de benefícios por via governamental tem o poder de criar atendimentos não disponíveis por outro mecanismo que não o das escolhas públicas" (MONTEIRO, 2011, p. 132).

O autor ressalta que "para garantir que seja a destinatária desses ganhos que a indústria automotiva (como, de resto, qualquer outro segmento privado que consegue se organizar como grupo de interesses) empreende *lobbying* junto às diversas instâncias do processo decisório público" (MONTEIRO, 2011, p. 132).

No cenário histórico atual da política brasileira, muito embora ainda não haja uma mensuração das efetivas perdas sociais, de modo a poder afirmar a existência de *rent-seeking*, SÉRGIO LAZZARINI sustenta ter havido um escancaramento do capitalismo de laços com a Operação Lava a Jato,[30] a partir de imbricadas relações entre empresa-Estado revelando "um leque de operações ilícitas envolvendo empresários, gestores públicos e políticos".

De acordo com a acertada observação de LAZZARINI:

> É fato que corrupção e transações opacas no Brasil sempre existiram. Mas, até pouco tempo, o discurso era de que 'é assim que o Brasil funciona'. Se quisermos mudar o que aí está, muitos diziam, o País correria o risco de parar. É claro, um discurso que interessava tanto a uma elite empresarial entrelaçada com o governo quanto a uma elite política dependente de patrocínio empresarial – o cerne do nosso capitalismo de laços. Com maior pressão para transparência e punição, entretanto, não há mais espaço para esse modelo. É hora de repensarmos nossas estratégias privadas, orientando-as para maior produtividade e menos dependência de suporte público, e as formas de atuação de governo, buscando maior disciplina na

[30] Os processos da Operação Lava a Jato tiveram origem em crimes de lavagem de dinheiro cometidos por Alberto Youssef, que aparecia na história como doleiro que lavava dinheiro para a empresa Dunel, de propriedade do ex-deputado federal José Janene (PP-SP), morto em 2010. No entanto, no decorrer das investigações foi descoberto que Youssef não prestava serviços apenas para a Dunel, mas também para diretores da Petrobras, que recebiam propina para fraudar licitações e superfaturar obras em benefício de um cartel de empreiteiras.

análise dos custos e benefícios de suas políticas. (LAZZARINI, 2015.)

A pressão política de determinados setores para a obtenção, expansão ou manutenção de isenções tributárias é uma espécie de comportamento que pode se caracterizar como *rent-seeking*, a depender das possíveis perdas sociais a serem apuradas após a concessão do benefício fiscal, e que pode ocorrer tanto antes como durante ou após a concessão do benefício.

Por outro lado, a busca por um naco orçamentário recrudesce ainda mais quando se parte da constatação de que a margem de opção discricionária não chega a 10% do orçamento, haja vista as vinculações constitucionais e legais, bem como a existência das despesas obrigatórias ou "quase obrigatórias",[31] portanto, que não podem ser contingenciadas (MENDES, 2008, p. 32),[32] mas que, diga-se de passagem, também *não estão* eventualmente a salvo de condutas *rent-seeking*,[33] especialmente na fase da execução orçamentária.

Com efeito, se, por um lado, esta diminuta margem de discricionariedade quanto à alocação acentua eventuais conflitos pela obtenção de uma parcela do orçamento público, por outro, faz-nos indagar até que ponto a outra grande parte do bolo orçamentário, relacionada, por exemplo, a vinculações legais/constitucionais e despesas obrigatórias (serviços da dívida e gastos com pessoas e encargos) está efetivamente atendendo às normas constitucionais e eventuais planejamentos governamentais ou, em outras palavras, passam pelo teste de constitucionalidade da norma da despesa pública que prevê a eficiência e economicidade do gasto público, especialmente de uma despesa pública livre de *rent-seeking*.

O alto grau de rigidez do orçamento público brasileiro faz com que seja

---

[31] Para MARCOS MENDES, "quase obrigatórias" seriam aquelas despesas que, a despeito de poderem ser contingenciadas, têm maior flexibilidade que as "obrigatórias" (v.g. benefícios previdenciários e assistenciais, abono salarial, seguro-desemprego, gasto mínimo em ações e serviços de saúde, despesas do Judiciário, Legislativo e Ministério Público), podendo ser mencionadas as despesas com pessoal e encargos sociais (exceto do Judiciário, Legislativo e Ministério Público), despesas do programa Bolsa-Família (pois existe a possibilidade de limitar o número de beneficiários-participantes a cada ano, subsídios creditícios e apoio financeiro à agricultura. (MENDES, 2008, p. 24-28.)

[32] FERNANDO FACURY SCAFF distingue vinculação de gasto obrigatório, pontuando que neste há efetiva obrigação de gastar, enquanto as vinculações podem ser utilizadas de um exercício para outro, desde que no mesmo mandato. A ideia decorre da compreensão de que o verbo "aplicar" utilizado no artigo 198 e 212 da CF-88 não significa, necessariamente, "gastar", sendo que a ADI n. 2.925 daria amparo a este entendimento. (SCAFF, 2016).

[33] Nesse sentido, MARCOS MENDES menciona a força política dos servidores públicos para aumento de seus subsídios. Para o autor, típico comportamento *rent-seeking*. (MENDES, 2014, p. 189 e 206-218.)

imprescindível um cotejo efetivo entre as escolhas que o Estado faz para concretizar seus programas orçamentários com as normas constitucionais,[34] tornando extremamente importante a verificação ou não de condutas *rent-seeking*, posto que tais comportamentos, estimulados pelo Estado às custas do orçamento público, estão na evidente contramão dos mais comezinhos ideais republicanos.

Como vimos, este tipo de atendimento fracionado e discriminatório pode ser um cenário típico para geração de perdas sociais, uma vez que esta política econômica se compõe de uma mistura de interferências políticas *ad hoc* nos mercados e tem, como contrapartida, a ação de grupos que influenciam a oportunidade, a dosagem e a instrumentação dessas interferências (BUCHANAN, 2008).

Tudo isto tem implicação direta no orçamento público e, mais amplamente, nos gastos públicos, orçamentários ou não. De sorte, torna-se pertinente a reflexão sobre se o Direito Financeiro, como veremos adiante, teria "algo a dizer" em relação a este fenômeno já bem-identificado pela Economia.

Em período recente da história brasileira, pode ser mencionado como *possível* exemplo de comportamento *rent-seeking* o caso das "campeãs nacionais", empresas que foram patrocinadas com volumosos recursos públicos, mais especificamente com créditos subsidiados por meio do BNDES e, muitas delas, pouco tempo após, acabaram em recuperação judicial.

A política de promoção da competitividade de grandes empresas de expressão internacional teve início em 2007 e acabou, segundo SÉRGIO LAZZARINI, no primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff, tendo como divisor de águas a tentativa do empresário Abílio Diniz de fundir o Carrefour e o Pão de Açúcar com o dinheiro do BNDES, tendo sido extremamente criticado à época (GERBELLI & SCARAMUZZO, 2016). Grandes empresas como Fibria, Brasil Foods, JBS (Friboi), EBX (do empresário Eike Batista), além da própria Oi nasceram ou cresceram graças a este "empurrãozinho" do Estado, recheado de elevados recursos públicos.

Com empréstimos em condições generosas e compras de participação, o banco injetou cerca de R$ 18 bilhões nos frigoríficos JBS e Marfrig, na Lácteos

---

[34] Todavia, esta não tem sido a lógica que preside a elaboração no orçamento, que segue obedecendo ao incrementalismo, "pelo qual o orçamento de um ano é sempre elaborado com base no orçamento do ano anterior, com ajustes marginais em função de pequenas variações nas disponibilidades de recursos". (REZENDE & CUNHA , 2005, p. 14.)

Brasil (LBR), na Oi e na Fibria. Algumas dessas empresas ficaram em situação financeira delicada, como a LBR, que pediu recuperação judicial, e o Marfrig.

No caso da empresa Oi, por exemplo, para criar a “supertele”, bancos públicos emprestaram ao todo R$ 6,9 bilhões, sendo que em 2014 a Portugal Telecom, detentora de 25,6% da Oi, sofreu um prejuízo de R$ 3,5 bilhões em investimentos em uma empresa portuguesa (o grupo Espírito Santo) e acabou tendo de reduzir sua fatia na Oi para compensar. Com uma dívida de R$ 50 bilhões, a Oi decidiu entrar com um processo de recuperação judicial (HERMES, 2016).

Ao contrário do programa semelhante e exitoso implementado pela Coreia, no caso brasileiro a política de estímulo ao surgimento de “campeões nacionais” contabiliza grandes perdas financeiras que devem ser custeadas por todos, na conta do sempre cordial orçamento público.

SÉRGIO LAZZARINI esclarece que

> as empresas coreanas sempre tiveram de seguir metas agressivas de competitividade e internacionalização. O governo coreano dava a cenoura com uma mão, mas segurava o chicote com a outra. A gente nunca fez isso. Nunca chegou às empresas e disse que, se não fosse cumprido isso ou aquilo, o apoio seria abortado. (ÉPOCA, 2016.)

No caso brasileiro, conclui LAZZARINI, “quando houve metas e elas foram descumpridas, executivos do próprio BNDES disseram: ‘Não há problema, as metas têm de ser flexíveis mesmo, vamos tocar a vida‘. Não pode. A Coreia foi muito disciplinada. Nós não. Aqui, faltou chicote e sobrou cenoura” (ÉPOCA, 2016).

Essa observação demonstra a completa ausência de um compromisso republicano ou, na linha de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, de cordialidade dos gestores brasileiros com a *res publica*.

De acordo com MARCOS LISBOA e SAMUEL PESSÔA:

> O Tesouro se financia com juros acima de 10% e emprestou, nos últimos anos, para o setor privado, por meio do BNDES, cobrando juros médios de 3,5%, quando a inflação estava acima de 6% ao ano. Segundo dados oficiais, o custo para o setor público dessas operações entre 2009 e 2014 foi de R$ 323 bilhões, o que equivale a 13 anos do programa Bolsa-Família. (LISBOA & PESSÔA, 2016.)

Há, pois, uma competição entre diversos grupos organizados para a obtenção de suas respectivas vantagens e privilégios materializados em rendas econômicas

garantidas pelo orçamento público. Isto, no Brasil, tem ocorrido desde sempre, como visto. Tal competição pode representar um resultado negativo para a sociedade, o que torna esse comportamento merecedor de todas as atenções dos órgãos de controle da atividade financeira do Estado.

Mais recentemente, está na pauta a crise fiscal pela qual passa o Brasil. De acordo com SAMUEL PESSOA, "erros de política econômica agravaram e esconderam o desequilíbrio estrutural de nosso Estado: há 20 anos o gasto primário real da União cresce ao ritmo de 6% ao ano, muito acima do crescimento do PIB, que rodou pouco abaixo de 3%" (PESSOA, 2016).

Ainda de acordo com o autor, "o gasto público cresce sistematicamente além da economia, causando dinâmica explosiva do endividamento público e risco real de, se nada for feito, retornarmos ao cenário de inflação acelerada e crônica, vigente nos anos 80". E arremata:

> A luta de cada grupo por seu naco no orçamento – seja na forma de uma garantia de gasto ou renda, ou de uma garantia de desoneração tributária – resulta em situação ruim para o conjunto da sociedade: juros reais elevados, baixo crescimento, em função da contínua pressão por aumento da carga tributária, e risco de descontrole inflacionário. O caminho para a construção de equilíbrio fiscal virtuoso é reformular cada uma dessas leis. Temos que fazer uma reforma da Previdência, desvincular a receita da União e qualificar o gasto público, refazer as regras de gestão de pessoal do setor público, repensar as inúmeras desonerações e crédito subsidiado para o setor produtivo etc. (PESSOA, 2016.)

Para nós, o caminho *jurídico* para a observação dessas questões não passa necessariamente por "reformulações de lei", conforme propõe o renomado economista, mas pela *aplicação da Constituição Federal*, como abordaremos melhor no capítulo seguinte deste trabalho.

Trata-se, com efeito, de um caminho, ao mesmo tempo, mais simples e mais complexo: mais simples, porque não é necessária qualquer alteração legislativa, bastando que se *faça valer o que já está disposto na Constituição Federal* há quase 30 anos; mais complexo, porque exige dos gestores públicos e tomadores de decisão no âmbito público um *comprometimento republicano* que nem sempre (ou quase nunca) se fez (faz) presente na história de nosso país.

Estamos convencidos de que condutas rentistas que se enquadrem como *rent-seeking* realmente sejam um dos grandes pontos de estrangulamento da política econômica brasileira, impedindo que nosso país combine crescimento da

produtividade com avanços sociais, torne-se, verdadeiramente, uma sociedade inclusiva e deixe para a história seu passado de sociedade extrativista, o que exige, necessariamente, *instituições econômicas inclusivas*.[35]

Assim, muito mais inteligente (e jurídico) do que pensar em contenção de gastos para a concretização de direitos fundamentais – como ocorre, por exemplo, com a famigerada Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 241[36] – quiçá esteja na hora de abrir os olhos ao *rent-seeking* e exercer um efetivo controle da qualidade do gasto público, exigindo de gestores e rentistas suas respectivas responsabilidades para com a sociedade.

Conforme MARCOS MENDES aponta, "limitar o espaço para a prática de *rent-seeking* seria, então, uma forma de aumentar o crescimento de longo prazo e a justiça distributiva em uma sociedade, evitando que alguns 'espertos, organizados ou conectados' extraiam renda do restante da sociedade" (MENDES, 2014).

Passemos, adiante, a examinar a relação da *rent-seeking* com o Direito e, especialmente, com o Direito Financeiro.

---

[35] De acordo com DARON ACEMOGLU e JAMES ROBINSON,

> instituições econômicas inclusivas, como as encontradas na Coreia do Sul ou nos Estados Unidos, são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam o melhor uso possível de seus talentos e habilidades e permitam aos indivíduos fazer as escolhas que bem entenderem. Para serem inclusivas, as instituições econômicas devem incluir segurança da propriedade privada, sistema jurídico imparcial e uma gama de serviços que proporcionem condições igualitárias para que as pessoas possam realizar intercâmbios e estabelecer contratos, além de possibilitar o ingresso de novas empresas e permitir a cada um escolher sua profissão. (ACEMOGLU & ROBINSON, 2012, p. 58-59.)

[36] A PEC 241, "conhecida como PEC do teto dos gastos públicos", propõe que, a partir de 2017, as despesas primárias da União fiquem limitadas ao que foi gasto no ano anterior corrigido pela inflação, de sorte que em 2017 a despesa em termos reais (ou seja, descontada a inflação ocorrida em 2016) ficará igual à realizada em 2016, tudo como se sociedade fosse algo estático e, tirando a inflação, tudo permanecesse da mesmíssima forma de um ano para outro.

3 DIREITO FINANCEIRO E *RENT-SEEKING*

Como vimos, o comportamento *rent-seeking* foi identificado originariamente pela Economia e, pelos estudos desta seara, foi possível delimitar o conceito, traçando seus contornos fundamentais.

Neste capítulo, nossa atenção volta-se para o Direito Financeiro e, mais especificamente, como este ramo do Direito pode contribuir para a observação jurídica do comportamento *rent-seeking*.

Afinal, a indagação que fazemos é bastante pontual: deve o Direito Financeiro ficar inerte diante de comportamentos *rent-seeking*, ou devemos esperar alguma reação? Haveria alguma consequência no Direito Financeiro quando da comprovação de condutas *rent-seeking* ou tais condutas não teriam qualquer importância jurídica para este ramo do Direito?

Vejamos, pois, como tais questões podem ser encaminhadas.

3.1 UM OLHAR JURÍDICO SOBRE O *RENT-SEEKING*

O objeto desta tese é, a partir dos aportes da Economia sobre o *rent-seeking* tangenciados no capítulo antecedente, verificar até que ponto este comportamento pode (ou não) acarretar consequências jurídico-financeiras e, em caso positivo, como o Direito Financeiro deve reagir.

Entendemos que o *rent-seeking* só deixará de ser algo invisível ao Direito Financeiro, como desde sempre tem ocorrido, no momento em que a despesa pública for efetivamente encarada como *norma jurídica* e não apenas como um montante ou uma quantia em dinheiro, contábil e formalmente fixada no orçamento público.

Além disso, é imprescindível que os órgãos incumbidos pelo controle interno (CF-88, art. 74)[37] e externo (CF-88, art. 71) da atividade financeira do Estado rezem

---

[37] Em relação ao controle interno, chamamos a atenção para dois achados contidos no **Acórdão TCU n. 1074.** No referido acórdão foram analisadas estruturas de governança dos órgãos e unidades de controle interno dos Poderes Executivo (órgãos setoriais do Ministério da Defesa e do Ministério das Relações Exteriores; e as unidades de controle interno dos Comandos Militares. A Advocacia-Geral da União não possui Secretaria de Controle Interno formalmente organizada. O órgão de controle interno da Casa Civil não foi avaliado), Legislativo e Judiciário: **54% das unidades de controle interno pesquisadas informaram que não estão vinculadas**

rigorosamente a cartilha constitucional (CF-88, art. 70), realizando uma fiscalização financeira, orçamentária e operacional que leve em conta aspectos da economicidade e eficiência do gasto público.

JOSÉ MAURÍCIO CONTI ensina que "inicialmente, o controle interno era exercido pelo Poder Executivo, aperfeiçoando-se sua estrutura após a Constituição de 1988, quando passou a ser exigido no âmbito de cada um dos poderes". Além disso, "em sua origem, exercia uma avaliação meramente formal da atividade financeira do Estado, baseada na legalidade e regularidade documental dos atos de despesa pública" (CONTI, 2016, p. 177-180).

Ainda de acordo com o autor, "esta forma de atuação não se mostra mais compatível com a modernização da administração pública, hoje com suas preocupações voltadas ao planejamento e à qualidade do gasto público [...]" (CONTI, 2016, p. 177-180).

Assim, "a Constituição de 1988 andou bem em estabelecer esse novo sistema de controle interno, com uma atuação que tenha por foco não a forma, mas sim a finalidade do gasto público" (CONTI, 2016, p. 177-180).

Ainda em relação ao art. 74 da CF, estamos em total acordo com JOSÉ MAURÍCIO CONTI e ANDRÉ CASTRO CARVALHO quando afirmam que o referido dispositivo "correlaciona o sistema de controle interno com a *qualidade do gasto público*, obrigando que a Administração realize a avaliação do efetivo cumprimento das metas estabelecidas, bem como a *eficiência da gestão orçamentária*" (CONTI & CARVALHO, 2011, p. 214, grifos nossos).

Portanto, além do atendimento formal das metas previstas nas leis que compõem o sistema orçamentário brasileiro (PPA, LDO e LOA), é imprescindível que os órgãos de controle avaliem a eficiência da gestão orçamentária, o que guarda estreitíssima relação com a *rent-seeking*, pois sem perda social não faz sentido falar em *rent-seeking*, e justamente a perda social é que poderá ser

---

diretamente ao dirigente máximo do órgão, providência que, evidentemente, asseguraria, um mínimo de independência que deve ter o sistema de controle interno para que possa desincumbir satisfatoriamente sua missão constitucional; **40% das unidades de controle interno pesquisadas informaram que não realizam planejamento anual dos trabalhos**, ou seja, o planejamento anual não está registrado em documento formal, aprovado pelo dirigente (ou colegiado) máximo do órgão/unidade de controle interno, sendo que é justamente neste planejamento anual que são estabelecidos os objetivos, os recursos disponíveis e as áreas, processos e atividades que serão auditadas com base em critérios objetivamente definidos.

detectada em uma gestão orçamentária eficiente, quando o ciclo orçamentário é sempre retroalimentado com as necessárias correções e avaliações do controle.

O comportamento *rent-seeking* no âmbito público, como vimos no capítulo anterior, guarda uma íntima relação com a intervenção do Estado na/sobre a Economia e, em termos financeiros, com o gasto público, seja orçamentário ou os denominados *off-budget expeditures*, tais como os créditos subsidiados (benefícios creditícios) e as renúncias tributárias (benefícios tributários), que, na prática, revelam impactos diretos e relevantes no orçamento público, especialmente na receita e dívida pública (GOMES, 2015, p. 59).

Nesse sentido, as renúncias tributárias, embora "escapando" da LOA,[38] "resultam em redução de receitas pelo não pagamento de tributo e *devem ser interpretadas como verdadeiras despesas públicas*" (CONTI, 2016, p. 46, grifos nossos). Portanto, o *link* do comportamento *rent-seeking* com o Direito Financeiro passa, impreterivelmente, pela despesa pública em sentido estrito.

Não existe, no Brasil, um conceito legal de despesa pública. A própria Lei Federal n. 4.320/64,[39] que estabelece normas gerais de Direito Financeiro, não apresenta uma definição de despesa pública, muito embora classifique-a por categorias econômicas (arts. 12 e 13).

A doutrina que se debruça sobre o tema, por seu turno, considera a despesa pública, basicamente, como um *conjunto de dispêndios ou gastos públicos* (BALEEIRO, 1996, p. 65; MEIRELLES, 1979, p. 176; TORRES, 2014, p. 417; JARDIM, 1999, p. 40-41; TORRES, 1993, p. 154; PISCITELLI, 2011, p. 92), ou como uma *atividade administrativa de aplicação de certa quantia*, em dinheiro, para a satisfação de necessidades públicas (BALEEIRO, 1996, p. 65; HABER; CHRISTOPOULOS & TORRES, 2015, p. 38; GOMES, 2015, p. 50).

Tais conceitos, todavia, parecem-nos juridicamente insuficientes, especialmente se partirmos de uma abordagem *normativa* que leve a sério a Constituição Federal, de um viés que sepulte de vez a sinonímia lei-norma e,

---

[38] O art. 165, § 6º da CF determina que o projeto de lei orçamentária "será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia".

[39] O Projeto de Lei da Qualidade Fiscal, na redação final aprovada pelo Senado e encaminhada em junho de 2016 à Câmara dos Deputados, traz a definição de *despesa orçamentária* como sendo "aquela que depende de autorização legislativa para ser realizada pela administração pública" (art. 2º, inciso XVI).

consequentemente, decisão jurídica como produto de subsunção do fato a uma norma abstrata, metafísica, pronta e acabada para ser acoplada, tudo fruto do velho positivismo exegético no século XIX, mas que ainda resiste com força em muitos rincões jusfinanceiros.

Com efeito, pensamos que muito da insensibilidade do Direito Financeiro em relação ao *rent-seeking*, portanto, muito do atraso do Direito em relação à Economia neste assunto tem origem na equivocada equiparação da lei orçamentária à norma jurídica, da mera alocação orçamentária da despesa pública em sentido estrito à norma jurídica da despesa pública.

É imprescindível que nos escoremos em algum sistema de referência para formular nossas proposições, pois, inexistindo sistema de referência, o conhecimento torna-se desconhecimento. Nesse sentido, o sistema de referência é verdadeira condição do conhecimento (TELLES JR. 1974, p. 73).

Ciente de que a parcialidade é condição do tratamento científico, o que faz com que o conhecimento seja redutor de complexidades (SANTI, 1996, p. 22), nossa observação da despesa pública parte de um exame normativo. Em outras palavras: observaremos a despesa pública *como norma jurídica* e, sendo assim, procuraremos apresentar a construção desta norma a partir dos enunciados prescritivos de nosso ordenamento jurídico,[40] especialmente aqueles existentes na extensa e analítica Constituição Federal.

Uma forma de estudar o Direito sem ter que enfrentar o problema de sua ontologia é justamente isolando as manifestações normativas (CARVALHO, 1996, p. 22). Estamos, pois, com aqueles que entendem que o melhor modo para se aproximar da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o Direito como um conjunto de normas ou regras de conduta (BOBBIO, 2003, p. 23).

Para uma aproximação adequada da norma jurídica da despesa pública, faremos aportes no chamado construtivismo lógico-semântico e na teoria estruturante do Direito. Parece-nos que, a despeito de o construtivismo lógico-semântico manter a separação entre ser e dever ser,[41] nada obsta a que possamos

---

[40] Bem oportuna a observação de LOURIVAL VILANOVA de que nem sempre a proposição normativa está em toda sua integralidade num só artigo de lei ou decreto, nem sempre a norma jurídica completa se encontra num dispositivo da Constituição. (VILANOVA, 1976, p. 113.)

[41] Contudo, conforme o próprio LOURIVAL VILANOVA deixou bem claro,

aproveitar o aspecto *sintático* dessa teoria com as incursões *conteudísticas* da teoria estruturante do Direito, sem incorrermos em uma inconciliável "mixagem teórica".[42]

Com efeito, de acordo com o construtivismo lógico-semântico, em *todas* as normas e, acrescentamos, inclusive naquelas construídas a partir da metódica estruturante, pode-se vislumbrar uma *mesma construção sintática* posta em simbolismo lógico na forma D[F→(S'RS'')]: deve ser que, dado o fato F, então se instale a relação jurídica R, entre os sujeitos S' e S'' (CARVALHO, 2015, p. 628).

3.2 A DESPESA PÚBLICA COMO NORMA JURÍDICA

Como dissemos, o sistema de referência que adotamos nesta tese é normativo, de modo que consideramos a experiência jurídica como uma experiência normativa.

O estudo e a compreensão da história humana, por exemplo, pode ser observada do ponto de vista normativo e, nesse viés, "as civilizações são caracterizadas pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas" (BOBBIO, 2003, p. 25). Desse modo, "a história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram" (BOBBIO, 2003, p. 25).

Importante a percepção de que "estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a

> a radical contraposição entre o direito como fato e o direito como norma, como fundamento para a distinção entre a sociologia do direito e a Ciência do Direito, não é exata como técnica metodológica, pois contraria a ontologia mesma do direito. [...] O universo social é uma multiplicidade contínua: não é uma multiplicidade homogênea, como a série de números inteiros [...]. No universo social distinguimos as formas sociais e os conteúdos objetivados, os modos de entrelaçar-se sociologicamente e as regras de conduta, os bens produzidos, as pautas éticas de comportamento coletivo, as teorias científicas, os dogmas e os símbolos, o poder e suas concretizações tipológicas, as formas estéticas e sua materialização na conduta e nos materiais disponíveis no mundo físico exterior. Não há conteúdo objetivado que prescinda dos círculos sociais e da complexa trama de interações sociais. (VILANOVA, 1989, p. 9, 11-12.)

[42] A expressão é de LENIO LUIZ STRECK, referindo-se às miscelâneas teóricas comuns no Direito brasileiro decorrentes de recepções acríticas e equivocadas da Jurisprudência dos Valores, ativismo norte-americano e ponderação alexyana. (STRECK, 2012, p. 47-55.)

vida de cada indivíduo" (BOBBIO, 2003, p. 25).

De acordo com a observação de NORBERTO BOBBIO (2003, p. 24):

> Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações. A maior parte destas regras já se tornaram tão habituais que não nos apercebemos mais da sua presença. [...] Podemos comparar o nosso proceder na vida com o caminho de um pedestre em uma grande cidade: aqui a direção é proibida, lá a direção é obrigatória; e mesmo ali onde é livre, o lado da rua sobre o qual ele deve manter-se é em geral rigorosamente sinalizado. Toda a nossa vida é repleta de placas indicativas, sendo que umas mandam e outras proíbem ter um certo comportamento. Muitas dessas placas indicativas são constituídas por regras de direito. [...] O direito constitui uma parte notável, e talvez também a mais visível, da nossa experiência normativa.

Conclui o filósofo italiano que, "[...] por isso, um dos primeiros resultados do estudo do direito é o de nos *tornar conscientes da importância do* '*normativo*' *na nossa experiência individual e social*" (BOBBIO, 2003, p. 24, grifos nossos).

É exatamente para esta consciência da importância do normativo, especialmente em nossa experiência social ou coletiva, que queremos chamar toda a nossa atenção com o presente trabalho. Sim, porque nesta perspectiva podemos fazer a seguinte indagação: na sociedade brasileira atual, que se funda juridicamente em um Estado Democrático de Direito, adotando explicitamente a forma republicana de governo, as condutas *rent-seeking* seriam permitidas pelas normas jurídicas financeiras?

Somente a partir do despertar da consciência acerca da importância do normativo em nossa experiência coletiva é que o Direito Financeiro poderá ser efetivamente visto como uma "praça" (esfera pública) e não como um "jardim" (esfera privada).

Nesse sentido, a partir de um trabalho de NELSON SALDANHA, FERNANDO FACURY SCAFF lança luzes sobre a complementaridade que deve existir na relação Direito Tributário-Direito Financeiro e, com a acuidade que lhe é peculiar, afirma que "o direito financeiro corresponde à praça, onde se debatem as questões públicas, onde o orçamento público é discutido e votado, [...]. As questões financeiras são de Estado, colocadas a público [...]" (SCAFF, 2006).

De acordo com o autor,

> se o descaso com o público, o coletivo, se tornar usual, uma possível

> consequência será o homem voltar-se integralmente para seu *jardim*, cindindo-se cada vez mais e isolando-se na vida privada. Com isso, tornar-se-á impossível protestar em favor de nossa vida privada, uma vez que, destruído (ou amplamente reduzido) o espaço público, perder-se-á o que vem sendo historicamente construído e transmitido de homem para homem, pois uma das mais importantes funções da *praça* é promover a transmissão da cultura e do pluralismo necessário para se viver em sociedade.

Portanto, especialmente através dos enunciados constitucionais, devemos evitar este descaso com o coletivo, a "jardinização" da praça, a privatização do espaço público por meio de soluções egoísticas, que ocorrem em todas as situações em que a despesa pública em sentido estrito não seja adequadamente (constitucionalmente) observada como norma jurídica, seja nos casos de obtenção de remédios e tratamentos médicos apenas a quem for ao Judiciário, seja em qualquer outra relação jurídica que envolva o Estado e outra pessoa (física/jurídica) e esta venha a receber recursos públicos ou benefícios públicos equivalentes (v.g. tributários; creditícios) que geram correspectivas despesas públicas.

Quando, num Estado de Democrático de Direito, fazemos a opção por observar a despesa pública como norma jurídica, a responsabilidade e a tarefa de construção desta norma fica enormemente redobrada, pois devemos levar seriamente em consideração os enunciados trazidos pela CF-88, não apenas a literalidade dos enunciados contidos na lei orçamentária.

Uma das dificuldades é que nem sempre a proposição normativa estará, em toda a sua integridade, em um único artigo de lei ou dispositivo constitucional (VILANOVA, 1976, p. 113). Esta é uma passagem clara do construtivismo que se coaduna com a proposta mülleriana. Nesse sentido, podemos afirmar que a lei orçamentária, isoladamente, não é suficiente para a construção da norma jurídica da despesa pública.

No nosso caso, como veremos adiante, um dos mais importantes dispositivos constitucionais, verdadeira pedra de toque para compor semanticamente as variáveis do consequente da norma jurídica da despesa pública, sequer encontra-se topologicamente no capítulo das Finanças Públicas (Capítulo II do Título VI) e também não se dirige, *diretamente*, à despesa pública em sentido estrito, mas à *fiscalização ou controle* exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas: trata-se do art. 70 da Constituição Federal, como veremos adiante.

Por outro lado, estamos convencidos de que somente quando a gestão

pública levar realmente a sério os postulados republicanos plasmados em diversos enunciados de nossa Constituição Federal é que podemos evitar que o texto constitucional se transforme, na feliz expressão de LENIO STRECK, em um "latifúndio improdutivo vítima de grilhagem hermenêutica e seu sentido seja só-negado".

Conforme o autor, "a crise do Direito e da dogmática jurídica – onde se inclui a crise dos operadores do Direito (Judiciário, Ministério Público) – decorre do hiato que se forma a partir das demandas provenientes de uma sociedade complexa e díspar e o não cumprimento dos direitos previstos no ordenamento jurídico" (STRECK, 1999, p. 183).

O que queremos deixar remarcado é que existe uma configuração constitucional da despesa pública que, de forma alguma, pode ser menosprezada no desenvolver da atividade financeira do Estado.

Exatamente nesta toada é a lição de HELENO TAVEIRA TORRES, quando assevera que "como norma jurídica, pode-se falar no *conceito constitucional de despesa pública*, na medida em que todo o agir do Estado encontra-se submetido à Constituição neste domínio" (TORRES, 2014, p. 414). De acordo com a acertada observação do autor, "a normatividade acompanha todo o percurso da despesa pública, segundo normas constitucionais que distribuem as competências relativas a cada uma das suas etapas".

A norma jurídica da despesa pública, portanto, deve ser construída necessariamente em conexão com a chamada Constituição Financeira, em que "a atividade financeira do Estado vê-se concebida como conteúdo das normas constitucionais que a instruem e regulam" (TORRES, 2014, p. 90).

Estas ideias vêm a reboque de toda construção jurídica que vem sendo desenvolvida a partir do constitucionalismo da segunda metade do século XX, ocasião em que se acentua a *supremacia normativa da Constituição*, não apenas como uma norma fundamental de proteção aos direitos, mas especialmente como uma "*norma directiva fundamental*". Nesse viés, a Constituição "solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de realización de los valores constitucionales" (FIORAVANTI, 2009, p. 128).

É imperioso que gestores públicos e órgãos de controle interno e externo tenham a "vontade de Constituição", verdadeiro alimento da força normativa da Constituição desenvolvida pela práxis jurídica (HESSE, 1991, p. 19-21).

A lição de RICARDO LOBO TORRES também vai nesse sentido quando afirma que “todo o direito orçamentário se subordina às normas constitucionais, tornando-se suscetível de controle jurisdicional o contraste entre as regras orçamentárias e as do texto fundamental" (TORRES, 2013, p. 808). Desse modo, há uma exigência normativa no sentido de que a atividade financeira do Estado esteja contextualizada constitucionalmente.

Ademais, e aqui se apresenta um dos pontos centrais para a boa compreensão desta tese, “este fenômeno de *constitucionalização* da atividade financeira do Estado Democrático de Direito rompe com o modelo clássico do direito financeiro, limitado a subsistemas legais fragmentados e não articulados segundo os fundamentos constitucionais” (TORRES, 2014, p. 90). Somente a partir desse pano de fundo é que podemos construir a noção de despesa pública como norma jurídica.

Já passa a hora de conceber a atividade financeira do Estado e, em particular, a despesa pública, a partir de um viés jurídico-normativo no qual se leve a sério os enunciados da Constituição Federal para que possamos apresentar adequadamente a relação jurídica prescrita pela norma jurídica da despesa.

A impressão que fica é que o Direito Financeiro ainda não superou por completo o “primeiro momento” do positivismo jurídico (STRECK, 2011, p. 120), quedando preso ao exegetismo, o que se torna mais evidente, ao nosso sentir, quando se equipara a despesa pública com o montante pecuniário alocado no orçamento público (BALEEIRO, 1996, p. 65; MEIRELLES, 1979, p. 176; TORRES, 2014, p. 417; JARDIM, 1999, p. 40-41; TORRES, 1993, p. 154; PISCITELLI, 2011, p. 92), ou mesmo com a atividade administrativa de aplicação de certa quantia, em dinheiro, para a satisfação de necessidades públicas (BALEEIRO, 1996, p. 65; HABER; CHRISTOPOULOS & TORRES, 2015, p. 38; GOMES, 2015, p. 50). Em outras palavras, norma com texto.

Assim, é preciso deixar claro se ao se referir ao termo “gasto público” ou “despesa pública“ está a indicar o *montante em pecúnia* destinado para determinada necessidade pública ou a *norma jurídica concretizada* a partir dos textos e do caso, portanto, devidamente construída pelos gestores e órgãos de controle a partir de cada caso que lhe é submetido, dando azo à norma de decisão que finaliza o

processo de concretização.[43]

Nesse sentido, o atendimento ao princípio da legalidade da despesa pública é apenas a ponta do *iceberg* da norma jurídica da despesa pública, ou seja, não é suficiente a previsão orçamentária do gasto público para que se esteja diante da integralidade da norma jurídica da despesa pública.

Coerente com esta linha de entendimento, referindo-se ao controle do gasto público, JOSÉ MAURÍCIO CONTI e ANDRÉ CASTRO CARVALHO afirmam que "o controle moderno envolve a questão de avaliação dos aspectos formais, mas também, e principalmente, da eficiência dos atos administrativos" (CONTI, 2011, p. 203).

Pois bem. Consoante premissa reconhecida no âmbito da Filosofia do Direito, "toda norma jurídica tem estrutura lógica de um juízo hipotético, em que o legislador (sentido amplo) enlaça uma consequência (relação deôntica entre dois ou mais sujeitos), desde que acontecido o fato previsto no antecedente" (CARVALHO, 2015, p. 154; DINIZ, 2005, p. 371).

De acordo com a lição de EROS ROBERTO GRAU:

> A norma jurídica (proposição jurídica) é dotada de uma estrutura peculiar: representa determinada situação objetiva, hipotética (o Tatbestand, hipótese, pressuposto de fato, Jacti species) à qual estão ligadas certas consequências práticas, ou seja, os efeitos por ela prescritos (Rechtsjolge, estatuição, injunção). A norma jurídica prescreve os efeitos enunciados na estatuição ou injunção em relação à situação objetiva que prevê possa vir a se verificar, desde que ela se verifique. Por isso é dotada de caráter logicamente hipotético: enuncia hipótese que produz consequências jurídicas. O caráter formal das proposições jurídicas é expresso na conexão entre uma hipótese e uma estatuição de consequência jurídica. (GRAU, 1994.)

Assim, torna-se possível falar em antecedente e consequente, hipótese e tese, descritor e prescritor.

---

[43] Conforme RODRIGO MIOTO DOS SANTOS, seguindo o caminho da teoria estruturante do Direito, afirma que

> a norma jurídica, em que pese somente ser passível de construção diante de um caso real ou hipotético, não é o estágio final do processo de concretização, ou não precisa necessariamente sê-lo. Para além dela, há um último estágio, único no qual Müller admite que se fale em subsunção (mas somente aqui), que é a norma de decisão. Em termos processuais, a norma de decisão é o que conhecemos por parte dispositiva da sentença. Nessa derradeira fase do processo de concretização, o responsável pela decisão individualiza a norma jurídica, aplicando-a a um caso concreto pontual. (SANTOS, 2006, p. 68.)

No mesmo sentido: NESTOR CASTILHO GOMES (2009, p. 79-80).

De acordo com PAULO DE BARROS CARVALHO, “a regulação da conduta se dá com a aplicação dos modais deônticos (permitido, proibido e obrigatório), mas sempre na dependência do acontecimento factual previsto na hipótese” (GRAU, 1994, p. 154).

O legislador seleciona determinados fatos e os atribui respectivas consequências jurídicas.

Seguindo uma estrutura dual da norma jurídica, teremos a denominada *norma primária*, na qual a hipótese será sempre a descrição de um fato implicando uma consequência que instaura uma relação jurídica vinculando dois ou mais sujeitos. Nessa relação jurídica o dever ser é necessariamente modalizado, ou seja, permitido, proibido ou obrigatório.

Essa norma primária pode ser formalizada da seguinte maneira: “p→q”, onde a hipótese (p) descreve um fato que, uma vez verificado concretamente, faz instaurar a consequência (q) que prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá provocar.

A hipótese da norma primária seleciona um fato e atribui-lhe consequências jurídicas. É exatamente aquilo que LOURIVAL VILANOVA chama de “caráter seletivo do descritor” (1997, p. 88-90). Com efeito, “o fato se torna jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese” (VILANOVA, 1997, p. 89).

Verificada a ocorrência da hipótese, instaura-se a relação jurídica prevista no consequente normativo. O descumprimento da conduta prescrita no consequente normativo dá azo à chamada *norma secundária* ou sancionatória, ou seja, “não q→r”.

Portanto, a norma jurídica completa é composta destas *duas proposições* (CARVALHO, 2015, p. 146) ou “norma-parte” (VILANOVA, 1997, p. 157), sendo que no interior de cada proposição há antecedentes (hipóteses ou descritores) e consequentes (teses ou prescritores).

Os consequentes são sempre relacionais, ou seja, é exatamente nos consequentes de ambas as proposições normativas que estão prescritas, em modais deônticos, as relações jurídicas entre dois ou mais sujeitos.

Toda e qualquer norma jurídica é dotada desta *mesma estrutura sintática*, de modo que há uma mesma *esquematização formal* para todas as normas. É o

cânone na “homogeneidade sintática” das normas jurídicas (CARVALHO, 2015, p. 135).

Seguindo o entendimento de PAULO DE BARROS CARVALHO, “construir a norma aplicável é tomar os sentidos de enunciados prescritos no contexto do sistema de que fazem parte. A norma é proposição prescritiva decorrente do todo que é o ordenamento jurídico” (CARVALHO, 2015, p. 144).

Assim também é o entendimento de RICARDO GUASTINI quando também distingue disposição (enunciado que faz parte de um documento normativo; texto ainda a ser interpretado) de norma (sentido ou significado atribuído a uma disposição; texto já interpretado) (GUASTINI, 2005, p. 24-26).

É nesta linha e aliado aos aportes da teoria estruturante do Direito de FRIEDRICH MÜLLER que pretendemos observar a despesa pública e quer-nos parecer que apenas a partir de um paradigma como este é possível o Direito Financeiro tirar o atraso em relação à Economia quanto à observação da *rent-seeking*.

Assim, torna-se imperioso observar a despesa pública não como um ato ou procedimento (administrativo) de aplicação por parte da Administração Pública, muito menos apenas como uma quantia ou montante em pecúnia fixado em lei orçamentária e despendido pela Administração Pública, mas como uma norma jurídica que, sintaticamente, é composta por duas proposições (norma primária e norma secundária) (KELSEN, 1986, p. 67; VILANOVA, 1989, p. 112; CARVALHO, 2015, p. 143-146).

Tenhamos em mente, ademais, que a norma jurídica é sempre significação, ou seja, construção de sentido que sempre toma “como ponto de referência a plataforma textual do direito posto” (CARVALHO, 2015, p. 136).

Norma jurídica não é texto legal. Aquela é a interpretação deste, de sorte que “não existe norma antes da interpretação ou independentemente dela. Interpretar é produzir uma norma e ela é produto do intérprete” (ABBOUD, 2011, p. 64) ou, como prefere PAULO DE BARROS CARVALHO, a partir de seu viés analítico, “interpretar é atribuir valores aos símbolos [...]. Normas são as significações construídas a partir dos suportes físicos dos enunciados prescritivos” (2015, p. 188 e 193).

Quando essas significações se articulam na forma lógica dos juízos hipotético-condicionais (se ocorrer o fato F, instaurar-se-á a relação R entre dois ou mais sujeitos de direito) fala-se em norma jurídica em acepção estrita (CARVALHO,

2015, p. 193).

De acordo com EROS ROBERTO GRAU, “não interpretamos normas. O que em verdade se interpreta são os textos normativos. Da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo” (GRAU, 2016, p. 22).

Nesse sentido, fala-se que o Direito é alográfico, pois “o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A completude do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete” (GRAU, 2016, p. 24).

A distinção texto-norma, diga-se de passagem, não é nova e remonta ao denominado giro linguístico, com a superação da filosofia da consciência (CARVALHO, 2010, p. 13), ou seja, quando “a linguagem deixa de ser um meio, algo que estaria entre o sujeito e a realidade, para se converter num léxico capaz de criar tanto o sujeito como a realidade” (SCAVINO, 1999, p. 12).

Pelo menos desde o século XX, com a superação do positivismo legalista, exegético ou primevo (STRECK, 2011, p. 120), especialmente com as contribuições de HANS KELSEN e seu positivismo “normativista”,[44] não se pode confundir norma jurídica com o texto e, conforme a precisa lição de LOURIVAL VILANOVA, “nem sempre está a proposição normativa em toda a sua integridade num só artigo de lei ou decreto, nem sempre toda uma norma se encontra presente num dispositivo da Constituição ou de um estatuto de ente público ou privado“ (VILANOVA, 1976, p. 113).

Para FRIEDRICH MÜLLER, “o positivismo que caracteriza o universo jurídico dos países desenvolvidos desde meados do séc. XIX confunde a norma jurídica com o texto da norma no código legal” (2013, p. 10), sendo que “esse modelo fracassa diante de inúmeros problemas individuais, o que ficou patente no final do séc. XIX e conduziu às conhecidas tentativas de ‘superação’ no decorrer do séc. XX” (MÜLLER, 2013, p. 10).

Por outro lado,

---

[44] De acordo com FRIEDRICH MÜLLER, “a denominação usual da teoria kelseniana de ‘normativismo’ é excessivamente otimista; ordens isoladas sem referência material carecem de acesso à normatividade”. MÜLLER observa que em KELSEN fica “expurgada da norma jurídica a pergunta pela correção do seu conteúdo”, a despeito de, a partir da segunda edição da sua Teoria Pura do Direito, KELSEN distinguir a norma jurídica do enunciado. (MÜLLER, 2011, p. 28-29.)

> [...] os discursos antipositivistas do século – a Escola do Livre Direito até o sociologismo e a análise econômica do direito, da Hermenêutica até a teoria do discurso neufrankfurtiano – caem na armadilha do paradigma positivista, nesse sentido, não superado, [ou seja,] eles corrigem em cima de fenômenos de superfície, *não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma*. (MÜLLER, 2013, p. 10, grifos nossos).

Nesse contexto é que MÜLLER propõe o avanço da questão, mas não de modo antipositivista, senão *pós-positivista* do Direito e, nesse sentido, concebe sua teoria considerando "o trabalho jurídico como um *processo* a ser realizado no tempo e os enunciados nas codificações como *textos de normas* [...], i.é., como *pré-formas* legislativas da norma jurídica, que por sua vez *está por ser produzida* no decurso temporal da decisão" (MÜLLER, 2013, p. 10-11).

De acordo com MÜLLER, o *trabalho jurídico*, que envolve "o estabelecimento de regras jurídicas, a aplicação de regras, a sua interpretação, a valoração jurídica, a decisão jurídica e a discussão", "deve ser pesquisado liminarmente a partir do seu *contexto social*, a partir da sua relação com outras tarefas, causadas e formuladas pelo convívio social" (MÜLLER, 1995, p. 15).

A teoria estruturante do Direito é *realista*, mas sem dissolver a pretensão normativa do Direito. Trabalha-se o Direito "de baixo para cima" e não com a teoria abstrata, o que o põe sempre em contato com a realidade e, desse modo, desenvolve gradualmente "esquemas conceituais teóricos" (MÜLLER, 2013, p. 11).

Como observa o autor,

> a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado 'concretização'. A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo 'programa da norma' e 'âmbito da norma'. [...] Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como 'norma/caso', 'direito/realidade' podem ser aposentados assim como a ilusão da 'aplicação' do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo [...]. Todos esses dualismos são representações centrais fracassadas do positivismo histórico. (MÜLLER, 2013, p. 11.)

Nesta trilha é também a observação de GEORGES ABBOUD quando afirma que "a norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício. A norma não está contida na lei. Somente após a interpretação a norma é produzida [...]" (ABBOUD, 2011, p. 64).

O teor literal da lei expressa, juntamente com todos os recursos

interpretativos auxiliares, o *programa da norma*. Esta, juntamente com a *área ou âmbito da norma* que é "a estrutura básica do segmento da realidade social que o programa da norma 'escolheu para si' como a 'sua' área de regulamentação ou que ele, em parte 'criou'", formam a *estrutura da norma jurídica* (MÜLLER, 1995, p. 42-44).

EROS ROBERTO GRAU afirma que "inexistem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos. O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal" (GRAU, 2016, p. 25).

Todavia, é preciso que fique clara a importância da lei, do texto legislado, o que não infirma uma abordagem *pós*-positivista do Direito, até porque ser pós-positivista não é ser *anti*positivista.

Nesse sentido, esclarece LENIO STRECK que

> 'cumprir a letra (sic) da lei' significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que 'texto e norma estão descolados' (no caso, as posturas axiológicas, realistas, pragmaticistas etc.). [...] Apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. [...] O que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa. (STRECK, 2010, p. 170-171.)

É também nesse sentido a assertiva de GEORGES ABBOUD quando observa que

> a norma não é nem está contida na lei, ainda que esta seja fundamental para a sua elaboração, dado que é um de seus elementos estruturantes. Somente após a interpretação jurídica destinada a solucionar caso concreto (real ou fictício) é que surge a norma jurídica. (ABBOUD, 2012, p. 512.)

Normas jurídicas não dependem do caso, mas a ele se referem (MÜLLER, 2010, p. 62). Como pontua MÜLLER,

> não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. [...] Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (cos)solucionado por ela. (MÜLLER, 2010, p. 63.)

A inerência do Direito à realidade ou, por outro lado, a ausência de dualismo entre ser e dever ser, teoria e prática, mostra como realidade e Direito “atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida“ (MÜLLER, 2013, p. 13), ou seja, “o caso jurídico concreto é tão importante, é tão cofundador da norma jurídica como a prática é da teoria. Teoria e prática no Direito não são ‘senhora e escrava’, mas irmãs. [...] A prática é a irmã mais velha da teoria, a de mais experiência” (MÜLLER, 2013, p. 15).

Em um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno, KONRAD HESSE já asseverava que:

> A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço [...]. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. (HESSE, 1991, p. 14.)

Os aportes da teoria estruturante de MÜLLER são de suma importância quando pretendemos observar a conduta *rent-seeking*, pois, como vimos no capítulo segundo, esta problemática identificada pela Economia simplesmente não tem como ser analisada em um prisma abstrato, em termos meramente formais, sem a análise, aqui e agora, da situação empírica, com todas as suas nuances sociológicas, antropológicas, econômicas e, evidentemente, jurídicas.

Com efeito, não há como se afirmar, de modo minimamente sério, que determinada conduta (v.g. recebimento de créditos subsidiados por determinadas empresas, benefícios fiscais concedidos a específicos setores empresariais ou mesmo a prática de corrupção ativa para lograr êxito em alguma licitação milionária) seja, *in re ipsa*, *rent-seeking*.

A razão está na própria conceituação de *rent-seeking* que deixamos clara linhas atrás: para que exista *rent-seeking* é necessário “passar a régua”, “fechar a conta”, ou seja, avaliar concretamente todos os fatos e suas possíveis consequências e, ao final, *concluir afirmativamente pela perda social*. Em uma palavra: deve-se construir a norma jurídica da despesa pública que leve em conta (também e principalmente) o texto constitucional.

Nesse sentido, o controle externo e interno da atividade financeira do Estado deve ter como *contre-rôle* (MEDAUAR, 2014, p. 21-33) da norma de decisão a

norma jurídica da despesa pública que leve em conta o texto da Constituição Federal e toda a realidade social circundante.

Cuidaremos nos itens seguintes da norma primária da despesa pública e, mais detidamente, de seu consequente normativo, que é o que mais especificamente nos interessa para os fins deste trabalho.

3.2.1 Hipótese Normativa da Norma Primária da Despesa Pública

Como visto, toda norma jurídica tem a mesma estrutura, ou seja, “o direito é homogêneo sintaticamente. Isto quer dizer que sua estrutura é sempre a mesma, nunca varia” (CARVALHO, 2010, p. 284).

Em outras palavras, toda e qualquer norma jurídica é composta por duas proposições: “uma proposição-hipótese ‘H’, descritora de um fato (F) que, se verificado no campo da realidade social, implicará como proposição-consequente ‘C’, uma relação jurídica entre dois sujeitos (S’ R S’’), modalizada com um dos operadores deônticos (O, P, V)” (CARVALHO, 2010, p. 284).

Conforme observa AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, “nenhuma norma foge a esta estrutura, seja civil, comercial, penal, tributária, administrativa, constitucional, processual, porque sem ela a mensagem prescritiva é incompreensível” (CARVALHO, 2010, p. 285).

Também as normas jurídicas que disciplinam a atividade financeira do Estado submetem-se à mesma estruturação sintática das demais normas jurídicas.

Esta bimembridade hipótese-consequente “compõe toda a regra de direito, *reduzida à forma lógica de proposição*” (VILANOVA, 1976, p. 114).

Com efeito, “a norma jurídica, *reduzida à proposição em sentido lógico*, tem uma forma. [...] a proposição jurídica é composta de duas partes: o pressuposto (prótase, hipótese) e a consequência (apódose, tese)” (VILANOVA, 1976, p. 114).

De acordo com LOURIVAL VILANOVA, “a primeira parte da proposição jurídica completa (norma primária e norma secundária) é composta de hipótese e tese. A hipótese é descritiva de fato de possível ocorrência – o fato jurídico recortado sobre o suporte fático [...]” (VILANOVA, 1997, p. 98).

Assim, a hipótese da norma primária *descreve uma possibilidade* (se ocorrer o fato F, evento natural/conduta/situação) que está implicada, através de um dever

ser não modalizado, a uma determinada consequência.

A esquematização poderia ser assim representada:

H (descrição de um fato)

↓ **D** (dever ser não modalizado/invariável)

C (prescrição de um dever ser modalizado entre dois ou mais sujeitos em relação)

A verificação empírica da hipótese acarreta a instauração de uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos, em que o dever ser será sempre modalizado com uma de três exaustivas possibilidades: obrigatório, proibido ou permitido.

Nesse sentido, “a variável relacional deôntica ‘R’ tem três e somente três valores, justamente as constantes operativas: obrigatório, permitido e proibido [...]” (VILANOVA, 1976, p. 125).

Portanto, “a hipótese implica a tese ou o antecedente (em sentido formal) implica o consequente. A hipótese é o *descritor* de possível situação fática do mundo (natural ou social, social juridicizada inclusive), cuja ocorrência na realidade verifica o descrito na hipótese” (VILANOVA, 1997, p. 96). Conforme escólio de LOURIVAL VILANOVA, “o antecedente é descritivo e pode ser um fato natural ou um fato já ingresso no universo do direito” (VILANOVA, 1997, p. 86).

Em verdade, o antecedente pode ser a descrição de *qualquer fato*, social, econômico, político e, inclusive, jurídico. Interessante frisar que é justamente pela hipótese da norma primária que o fato adquire qualificação jurídica. O que determina a seleção das notas relevantes que entram nesse universo jurídico é um *ato de valoração*.

A hipótese seleciona porque o fato, em sua inteireza, jamais entra por completo no mundo jurídico, sendo necessário o ato de valoração para que seja feita a seleção prevista na hipótese da norma primária, o recorte sobre a realidade que o Direito entende ser relevante.

Seleção semelhante, como veremos, também é realizada para a prescrição da conduta modalizada no consequente normativo. Como agudamente observa LOURIVAL VILANOVA (VILANOVA, 1997, p. 165):

> A realidade subjacente às hipóteses normativas entra, pois, dentro de quadros tipificados que isolam do fato total o axiologicamente relevante para o sistema jurí*dico*. [...] *Então, a hipótese, que é proposição descritiva de situação objetiva possível, é construção valorativamente tecida* (com dados-de-fato em grande porção), *incidente, na realidade, e não coincidente com a realidade*. (VILANOVA, 1997, p. 165, grifos do autor.)

A hipótese da norma primária descreverá exatamente o suporte fático da norma jurídica, ou seja, “aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe e sobre o qual a regra jurídica incide” (MIRANDA, 1999, p. 66). Em termos müllerianos, o programa da norma é que escolhe ou cria o seu âmbito normativo, sendo que os dois, juntamente, formam a estrutura da norma jurídica, fazendo com que a normatividade da disposição legal fique fortalecida por uma normatividade marcada pelos dados reais, ao contrário de um sociologismo avesso à norma (MÜLLER, 2011, p. 238).

Como adverte PONTES DE MIRANDA, “o suporte fático ainda está no mundo fático; a regra jurídica colore-o, fazendo entrar no mundo jurídico”. De acordo com o referido autor:

> O direito, na escolha dos fatos, que hão de ser regrados (= sobre os quais incide a regra), deixa de lado, fora do jurídico, muitos fatos [...]. Só o direito separa os fatos que ele faz serem jurídicos; [...] o direito procede a esquematização do mundo físico, a fim de o fazer, até certo ponto e dentro de limites precisos, jurídico (princípio da esquematização do fático). (MIRANDA, 1999, p. 68.)

A hipótese normativa concretiza justamente este *princípio da esquematização do fático* mencionado por PONTES DE MIRANDA, selecionando quais os fatos que, adentrando no universo do Direito, terão aptidão para, uma vez verificados empiricamente, desencadear determinadas consequências jurídicas.

Ainda citando o referido autor, “é incalculável o número de fatos do mundo que a regra jurídica pode fazer entrarem no mundo jurídico – que o mesmo é dizer-se pode tornar fatos jurídicos. Já aí começa a função classificadora da regra jurídica: distribui os fatos do mundo em fatos *relevantes* e fatos *irrelevantes* para o direito, em fato jurídicos e fatos ajurídicos” (MIRANDA, 1999, p. 66).

A partir da interpretação dos textos pode-se observar os fatos que darão azo à instauração do consequente da norma jurídica.

Esta esquematização do fático a que alude PONTES DE MIRANDA guarda relação com o que MÜLLER denominada de âmbito ou domínio da norma, ou seja, “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER, 2010, p. 58).

Com efeito, “da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do ‘âmbito

material', o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa".

Todavia, para MÜLLER, "em virtude da sua conformação jurídica e da sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o domínio da norma transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica" (MÜLLER, 2010, p. 59), ou seja, "o domínio da norma é um fator coconstitutivo da normatividade" (MÜLLER, 2010, p. 59), sendo "parte integrante material da própria prescrição jurídica" (MÜLLER, 2010, p. 59), tudo coerente com sua visão negadora do dualismo ser e dever ser.

Quando estamos no âmbito do Direito Financeiro, é relativamente fácil perceber que, em verdade, o binômio receita pública-despesa pública (dois fundamentais campos de estudo deste ramo do Direito) compõe(m) uma mesma norma jurídica, mas em proposições distintas, ou seja, em uma relação de implicação.

Explicamos: a existência da receita pública é um dos fatos que está descrito na hipótese normativa da norma jurídica que estabelece, em seu consequente, a relação jurídica entre determinada pessoa (física/jurídica) e a Administração Pública, na qual esta tem o dever de entregar determinada quantia em dinheiro para aquela, a título de despesa pública, desde que seja efetivamente prestado o serviço, executada a obra ou entregue o bem destinado à satisfação das necessidades coletivas, ou seja, à satisfação das necessidades públicas.

Da mesma forma, se o consequente da norma primária estabelecer uma relação creditícia envolvendo determinada pessoa e a Administração Pública, pressupõe-se, na hipótese, a descrição do fato de existir a respectiva receita pública para tanto.

Não sem razão, sempre soou estranho em Direito Financeiro falar em despesa pública sem a correspondente receita para lhe fazer frente. Em termos orçamentários, é o conhecido "princípio do equilíbrio" (GIACOMONI, 2009, p. 80-82), que, na Constituição Federal pode ser observado, por exemplo, no art. 167, inciso II, vedando a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

Desse modo, podemos afirmar que a quantia a ser desembolsada a título de despesa pública, objeto da prestação que cabe à Administração Pública na relação

jurídica instaurada no consequente normativo, não dispensa a existência da correspondente receita pública, cuja descrição fática deve estar na hipótese normativa, *juntamente com outros fatos pertinentes* como, a fixação da despesa no orçamento público (previsão em lei); a licitação ou sua dispensa/inexigibilidade, bem como a formalização e o efetivo cumprimento do contrato administrativo; o atendimento de condicionantes para a obtenção da isenção tributária; o atendimento de exigências legais/infralegais para a obtenção de um crédito público etc.

Esta necessária imbricação entre receita e despesa reforça a unidade do "fenômeno financeiro", demonstrando que, juridicamente, não faz sentido qualquer separação ou tratamento estanque, por exemplo, entre Direito Financeiro e Direito Tributário (HORVATH, 2014, p. 155-177), já que as receitas derivadas, provenientes que são da atividade tributária, também compõem, como espécies do gênero receita pública, a hipótese normativa que, uma vez verificada, implicará na instauração da relação jurídica que tem como objeto da prestação do Estado a entrega de quantia em dinheiro a título de despesa pública.

Devemos deixar claro que a norma jurídica da despesa pública descreve *diversos* fatos necessários para que se instaure, no consequente normativo, a relação jurídica entre a Administração Pública e a pessoa que, por exemplo, irá receber um benefício público (v.g. tributário ou creditício), vender algo à Administração Pública ou prestar algum serviço público/realizar alguma obra pública para a satisfação direta de um interesse coletivo.

Esta norma jurídica, portanto, tem em sua hipótese *suportes fáticos complexos*, ou seja, sempre haverá dois ou mais de dois fatos, diferentes, na composição deles (MIRANDA, 1999, p. 71). Podemos dizer que esta é uma peculiaridade da norma jurídica primária da despesa pública: uma altíssima complexidade em sua hipótese normativa, à vista da necessidade de diversos suportes fáticos para compô-la por completo.

Muitos textos, normativos e não normativos, e muitos fatos devem ser interpretados para a construção da hipótese normativa da norma jurídica da despesa pública.

Com efeito, de acordo com a metódica estruturante de MÜLLER, "devemos distinguir dois grupos de elementos de concretização. O primeiro abrange os recursos do tratamento da norma no sentido tradicional, i.é, o *tratamento do texto da*

norma" (MÜLLER, 2010, p. 22). São os chamados "*elementos metodológicos strictore sensu*" (regras tradicionais da interpretação, princípios da interpretação da constituição, subcasos de regras tradicionais da interpretação) (MÜLLER, 2010, p. 22-86).

O segundo grupo

> não diz primacialmente respeito à interpretação de textos normativos ou não normativos. Ele abrange os passos de concretização, por meio dos quais são aproveitados os pontos de vista com teores materiais, que resultam da *análise do âmbito da norma* da prescrição implementada e da *análise dos elementos do conjunto dos fatos* destacados como relevantes no processo de concretização [...]. (Grifos nossos.)

Neste segundo grupo, MÜLLER insere mais cinco elementos que compõem o processo de concretização da norma. Neste processo há elementos de interpretação que se referem *diretamente a textos de normas* (interpretação gramatical e sistemática) (MÜLLER, 2010, p. 71-79, 89), bem como elementos que dizem respeito aos textos de *não normas* (v.g. interpretação genética e histórica; elementos dogmáticos).

Aqui revela-se mais uma evidência da teoria de MÜLLER superando o positivismo legalista e normativista, nem sempre superado quando estamos no âmbito do Direito Financeiro, onde a norma da despesa pública acaba sendo confundida com o texto da lei orçamentária que fixa o montante a título de despesa pública.

Recentemente, as incursões jurídicas sobre a *qualidade do gasto público* têm revelado a insuficiência desta análise estritamente formal da despesa, o que exige do trabalho jurídico um redobrado esforço interpretativo, numa autêntica postura pós-positivista que, infelizmente, na prática, muitas vezes acaba cedendo a subjetivismos, reafirmando o positivismo primitivo e institucionalizando uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores sob o belo epíteto do "neoconstitucionalismo" (STRECK, 2013, p. 295-300).

Conforme LENIO LUIZ STRECK, "para superar o positivismo é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência" (STRECK, 2010/2011, p. 25).

A literalidade do texto tem também grande importância na teoria de MÜLLER

como *demarcador das fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido*, de sorte que “decisões que passam claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis” (MÜLLER, 2010, p. 74). Contudo, “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’” (MÜLLER, 2010, p. 54).[45]

Aqui temos uma situação bastante interessante ao que interessa para esta tese.

Comportamentos *rent-seeking* podem revelar que os valores nominais fixados na lei para que a despesa pública concretize determinada necessidade coletiva, fora das hipóteses da utilização de instrumentos de flexibilidade orçamentária, foram simplesmente atropelados, ou seja, o teor literal da lei orçamentária, que demarca a fronteira extrema da possível variante de sentido, foi ignorado durante a execução orçamentária em razão de comportamentos *rent-seeking*. Eis, aqui, um claro exemplo de como a *rent-seeking* pode trazer consequências para o Direito Financeiro, retirando toda a força normativa do orçamento público e, igualmente, da Constituição Federal.

Transpondo este ensinamento para nosso objeto de estudo, podemos afirmar que a obediência ao princípio da legalidade da despesa pública, com a fixação na lei orçamentária do montante específico a título de despesa pública, é apenas a ponta do *iceberg* para que se possa construir adequadamente a norma jurídica da despesa pública, mas, mesmo sendo esta ponta, representa um limite que, *como regra*, deve ser rigorosamente respeitado durante a execução orçamentária e, para que isso seja possível, não se pode desconsiderar as perdas sociais ocasionadas pela *rent-seeking*.

De todo modo, não é propriamente na hipótese normativa da norma primária da despesa pública que deveremos concentrar nossa atenção quando o assunto é *rent-seeking*. Este fenômeno e seus perversos efeitos sociais, bem delimitados pelos

---

[45] Em sentido semelhante, mas a partir de outro paradigma, PAULO DE BARROS CARVALHO sustenta que

> como todo o texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, [...] é pelo primeiro, vale dizer, a partir do contato com a literalidade textual, com o plano dos significantes ou com o chamado plano da expressão, como algo objetivado, isto é, posto intersubjetivamente, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, que o intérprete inicia o processo de interpretação, propriamente dito, passando a construir o conteúdo significativo dos vários enunciados ou frases prescritivas para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas [...]. (BARROS, 2005, p .194.)

economistas no século XX, poderá ser observado pelas lentes jurídicas justamente quando nos aproximamos do consequente normativo da norma primária da despesa pública.

É especificamente aí, na relação jurídica que se instaura entre o particular e o Estado, que ganha relevo o estudo do comportamento *rent-seeking*. Vejamos mais de perto.

3.2.2 Consequente Normativo da Norma Primária da Despesa Pública

Como vimos, a norma jurídica primária é composta por duas proposições, em que a ocorrência fática da primeira, que descreve uma determinada situação, implicará na segunda proposição, que instaura uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos. Essa estrutura está presente em todas as normas jurídicas (princípio da homogeneidade sintática) (CARVALHO, 2010, p. 284-288).

De acordo com LOURIVAL VILANOVA, "se no *pressuposto* de uma norma jurídica variáveis há que se podem substituir por fatos naturais, coisas, pessoas ou condutas, na *consequência*, todavia, somente sujeitos-de-direito e condutas podem ser valores das variáveis" (1976, p. 93).

A mesma seletividade ou *ato de valoração* que existe quando do desenho da hipótese normativa também está presente para definir os contornos do consequente normativo. Com efeito, "assim como a hipótese seleciona as notas que os acontecimentos têm que ter para serem considerados fatos jurídicos, o consequente elege os critérios que a relação entre os sujeitos tem que ter para ser imputada como efeito daquele fato", ou seja, "o legislador, assim como faz na hipótese, seleciona os efeitos jurídicos presentes no consequente normativo, com base em critérios valorativos" (CARVALHO, 2010, p. 297-298).

O consequente normativo, ao contrário da hipótese, nada descreve, mas *prescreve condutas*. É exatamente no consequente, e não na hipótese normativa, que reside o chamado "deôntico modalizado" (VILANOVA, 1976, p. 88) (ter a faculdade/estar obrigado/estar proibido), vinculando dois ou mais sujeitos.

Mais especificamente: a hipótese da norma jurídica primária "não estatui que se *deve* nascer, ou morrer, ou atingir *x* anos de idade, mas descreve hipotética e tipicamente que *se ocorrer* factualmente tais coisas, certas consequências *devem*

ser imputadas aos sujeitos postos em relação (VILANOVA, 1976, p. 88-89).

Pois bem. Uma vez verificada concretamente a hipótese normativa da norma jurídica da despesa pública, que pode, como vimos, descrever *diversos fatos* (suportes fáticos complexos), instaura-se uma relação jurídica que vincula geralmente uma pessoa jurídica que irá *receber determinado recurso público para cumprir específica obrigação satisfazendo determinada necessidade coletiva* que fora previamente planejada, à pessoa jurídica de direito público que irá *arcar com o respectivo custeio*.

O recebimento de qualquer recurso público por uma das partes da relação jurídica seja, por exemplo, na forma de crédito público subsidiado, de receita pública renunciada, seja como contraprestação da execução de serviço público, venda de bem ou realização de obra pública, é sempre acompanhado de um *dever republicano* que se funda, basicamente, no artigo 1º da Constituição Federal quando se estabelece que o Brasil é uma *república* constituída em *Estado Democrático de Direito*.

Este é um ponto de absoluta importância para a correta construção da norma jurídica da despesa pública.

A obediência aos preceitos republicanos foi reforçada no texto da Constituição Federal, restando prevista expressamente em dois momentos muito especiais: já no primeiro artigo da Constituição Federal, prevendo a forma republicana do governo brasileiro e no artigo 34, inciso VII, “a”, quando determina que a inobservância do princípio constitucional da república pode ensejar uma das mais graves exceções à federação, ou seja, a decretação de intervenção federal (CF-88, art. 36, inciso III).

Vê-se que a Constituição Federal reconhece explicitamente (art. 34, inciso VII) a república como um *princípio constitucional*, portanto, como algo grandioso que espraia seus sentidos por cada um de seus artigos, informa todas as suas disposições.

Calha à fiveleta a conhecida lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando ensina que “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência” (BANDEIRA DE MELLO, 1986, p. 230).

E assevera que

> violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade [...] porque representa insurgência contra o sistema [...].

Além disso, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a *promoção do bem de todos*.

Veja-se que no referido dispositivo não consta que o objetivo da República Federativa do Brasil seja a promoção do bem *de alguns*, leia-se, no nosso caso, a promoção apenas do bem daqueles que estão vinculados ao Estado na relação jurídica prescrita no consequente normativo da norma jurídica da despesa pública. A promoção não é, portanto, do bem exclusivamente dos rentistas que obtêm suas rendas do orçamento público.

Conforme expressamente *impõe* a Constituição Federal, a promoção é do bem *de todos*, indistintamente. Falamos *impõe* porque não se trata de uma mera recomendação ou de uma sugestão constitucional. A Constituição Federal determina, estabelece, exige.

Estes dois dispositivos constitucionais (art. 1º e art. 3º, IV) iluminam intermitentemente a atividade financeira do Estado e lançam fortes luzes exatamente no consequente normativo da norma jurídica da despesa pública, especificamente nas condutas das partes que figuram na relação jurídica e nos efeitos sociais.

Quem se propõe a relacionar juridicamente com o Estado, especialmente quando se está em jogo o recebimento de recursos públicos para a satisfação de necessidades coletivas, pressupõe-se estar bem ciente deste princípio republicano e de suas consequências no plano jurídico. Para uma sociedade que se baseia no princípio republicano, não pode haver espaço para aventuras ou erros de Direito à custa do orçamento público.

Todas as históricas ideias republicanas somadas ao objetivo de promover o bem de todos formam um sólido e permanente pano de fundo para a relação jurídica prevista na norma da despesa pública.

É a partir da forma de governo republicana, expressamente assumida pela Constituição Federal e ratificada pela população brasileira no dia 7 de setembro de 1993 (art. 2º, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), que o substantivo ‘república’ pode indicar o sentido de seu adjetivo, ou seja, o

comportamento ou *espírito republicano*[46] que a CF exige de todos os atores que figuram ou venham a figurar na relação jurídica prevista no consequente da norma jurídica da despesa pública.

Nessa toada, acertadamente ensina FERNANDO FACURY SCAFF:

> Após quase 120 anos sob este *regime republicano* (vocábulo usado como *substantivo*), há um sentimento de que a sociedade brasileira ainda não chegou a um nível razoável de *convivência republicana* (vocábulo usado como *adjetivo*), em especial no que se refere ao uso das verbas públicas, no âmbito da arrecadação, das renúncias fiscais e do gasto público. (SCAFF, 2008, p. 79.)

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA comentam que o sentido do termo 'república' no artigo 1º da Constituição de Portugal indica mais do que uma singela forma de governo, aponta para um sentido de coletividade política, de *res publica*, sociologicamente distinta do Estado e conceitualmente prévia ao Estado (2007, p. 196).

Arremata FERNANDO FACURY SCAFF afirmando que "o Direito é um elemento central nessa análise, e discutir o futuro do Direito, no Brasil, implica em *discutir o uso mais republicano desses recursos "públicos"*, em especial na sociedade brasileira" (CANOTILHO & MOREIRA, 2007, p. 79, grifos nossos).

GERALDO ATALIBA, em sua clássica obra *República e Constituição*, antes mesmo do advento da atual Constituição Federal, já afirmava que o 'princípio' republicano é o "mais importante e decisivo do nosso direito público", de sorte que "quem penetrar o significado capitular do princípio republicano terá condições de estabelecer ilações e propor desdobramentos que iluminarão todo o direito público [...]" (2011, p. 17).

O autor afirma, com todo acerto, que:

> A república é a instituição publicística central do nosso direito. Entre suas postulações e exigências e a nossa prática efetiva há uma distância abissal. Nesse espaço grassam indiferença, acomodação, omissão, ignorância, complacência e conformismo. [...] É preciso vivificar as instituições republicanas. É imperioso dar eficácia a seus postulados. [...] Só conhecendo a Constituição poderemos estimá-la. Ninguém pode estimar o que desconhece. E, estimando-a, façamo-la eficaz, para benefício do seu

---

[46] GERALDO ATALIBA, sempre atual, afirma que "a deslealdade da autoridade, acostumada à impunidade, se fez regra. Desapareceu a legalidade, olvidou-se a relação de adminsitração. Desvaneceu-se o espírito republicano" (2011, p. 23).

povo. (ATALIBA, 2001, p. 20 e 25-26.)

FELIPE SALTO e MANSUETO ALMEIDA também sustentam que “é preciso buscar um Estado mais republicano, efetivamente pró-desenvolvimento, e não mais o Estado obeso, marcado por excessos, pela ausência de boas práticas de gestão e governança” (2016, p. 23).

Os autores afirmam que “quanto mais responsável, transparente, probo, eficaz e eficiente for o Estado tanto maior será a possibilidade de expandir a gama e a qualidade de serviços ofertados à população”. E vaticinam: “o único caminho para retomar o crescimento com justiça social e estabilidade monetária é resgatar a agenda da responsabilidade fiscal. Sem isso, continuaremos aprisionados ao voo de galinha, sustentados, vez por outra, por ciclos externos de bonança” (SALTO & ALMEIDA, 2016, p. 25).

Para LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA é “direito republicano” aquele em que “todos os cidadãos têm ao uso público da *res publica* – o patrimônio público – inclusive o fluxo de recursos envolvidos nas receitas do Estado e das organizações públicas não estatais” (2009, p. 127). Direitos republicanos, conforme o autor, protegem o cidadão “contra os aproveitadores ou privatizadores da *res publica*” (PEREIRA, 1997, p. 7).

Nesse ponto, portanto, parece haver uma nítida confluência entre a Economia e o Direito: é indispensável e inadiável que haja entre nós mais compromisso republicano no trato com a *res publica*, especificamente no desenvolver da atividade público-financeira do Brasil, o que pressupõe a passagem por uma espécie de “filtragem constitucional” do planejamento orçamentário focado na tutela dos interesses difusos e da gestão da coisa pública que pretenda ter um mínimo de seriedade, tudo desaguando na águas do controle financeiro e orçamentário da atividade financeira que (deveria) retroalimenta(r) o planejamento orçamentário.

Um planejamento orçamentário adequado às expectativas da sociedade, realista e focado na tutela dos interesses difusos e de grupos coletivos vulneráveis, em que as leis orçamentárias possam verdadeiramente conversar entre si e com o texto constitucional, deixando de ser meras “peças de ficção”, é um passo bastante importante para o posterior controle da *rent-seeking*. Com efeito, “um bom planejamento, dotado de clareza e transparência, é imprescindível para uma gestão eficiente e uso proveitoso dos recursos públicos” (CONTI, 2016, p. 75).

Parece não ser este o caminho brasileiro, que “segue firme na tradição de funcionar no compasso do curto prazo. Salvo momentos muito pontuais da sua história, o imediatismo tem dado o tom, a cara e o ritmo do errático processo de desenvolvimento do país” (PRADO, 2015).

A impressão que fica é que, mesmo depois da estabilização da moeda e do desaparecimento da hiperinflação, algo que já dura mais de 20 anos, a primazia do curto prazo permanece, atrapalhando qualquer planejamento que se preze sério.

FRIEDRICH MÜLLER é taxativo: “o Brasil precisa tornar-se uma República no sentido moderno do termo (que é muito antigo: *res publica*, *res populica*, coisa do povo); isto é, uma entidade do direito público, desvinculada das forças pré-democráticas, ainda estruturalmente feudais das diferentes regiões desse país continental” (MÜLLER, 2013, p. 246).

Nesta linha está o escólio sempre atual de RUY BARBOSA:

> Um povo livre não está sujeito senão às leis, que vote pelos seus representantes. Mas se, com a mentira eleitoral, esbulham o povo do voto, que é a soberania do povo; se, com as oligarquias parlamentares, varrem o povo do Congresso Nacional, que é a representação do povo; se, com as dilapidações orçamentárias, malbaratam a receita do imposto, que é o suor do povo; se, com as malversações administrativas, devoram a fazenda nacional, que é o patrimônio do povo. [...] se, com a organização da incompetência, do afilhadismo e da venalidade, excluem do serviço do Estado a inteligência, o saber e a virtude, que são os elementos do governo do povo, pelo povo e para o povo; se, em suma, escorcham, dessangram e envilecem o povo, subtraindo-lhe tudo o que realmente distingue um povo de uma besta de carga, não nos espantemos de que, como aos mais lerdos muares, ou às reses mais mansas, esgotada um dia a paciência à cansada alimária, junte os pés e num corcovo, desses que nem gaúcho nem o cossaco se aguentam, voem aos ares sela, estribos, chilenas, rebenques e cavaleiros. (BARBOSA, 1932, p. 35.)

O problema do *rent-seeking*, nesse contexto de gravíssimo *deficit* republicano no exercício da atividade financeira do Estado, permite o *link* com as despesas públicas e, em especial, com a semântica da qualidade do gasto público, que deveria ser tratada com prioridade, seriedade e rigor no âmbito do controle.

Nesse contexto, podemos afirmar que o consequente normativo da norma primária da despesa pública tem uma especificidade, ou seja, um critério a mais, por exemplo, em relação ao consequente da norma jurídica tributária (CARVALHO, 2015, p. 629): o *critério qualitativo*, ao lado do critério pessoal e prestacional/quantitativo.

Retomemos a lição de AURORA TOMAZINI DE CARVALHO: “se, enquanto na hipótese, o legislador se esforça para enunciar os critérios que identifiquem um fato, no consequente ele seleciona as notas que devem ter as relações intersubjetivas a serem instauradas com a verificação do fato jurídico, indicando os elementos deste vínculo” (CARVALHO, 2015, p. 400).

De acordo com a autora, o critério pessoal (sujeito ativo-sujeito passivo da relação jurídica) e o critério prestacional ou quantitativo (objeto da prestação) compõem a “informação mínima necessária para a identificação do vínculo jurídico a ser instaurado com a verificação do fato descrito na hipótese”, mas “nada impede, porém, que o legislador indique mais propriedade da relação [...]. No entanto, já não estaremos mais falando de conteúdo mínimo necessário para a compreensão da mensagem deôntica” (CARVALHO, 2015, p. 400-401).

Todavia, e aqui reside uma *grande e importante peculiaridade do Direito Financeiro* ainda não muito bem explorada juridicamente, o *critério qualitativo*, relacionado à economicidade, à eficiência, enfim, à qualidade do gasto público, inserto no consequente da norma jurídica da despesa pública, compõe, ao lado do critério pessoal e do prestacional, o *conteúdo mínimo para a construção da norma*. Em outro português: não é juridicamente aceitável compreender a despesa pública alijada deste aspecto qualitativo. Simplesmente sem esse prisma de análise a despesa pública se desconfigura.

Por isso, parece-nos que esse aspecto qualitativo que orienta o consequente da norma primária da despesa pública é, ao lado do aspecto pessoal e quantitativo, conteúdo mínimo para a formação da mensagem deôntica.

A razão é muito simples: trata-se de uma *imposição constitucional* (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso II), uma decorrência direta do princípio republicano (CF-88, art. 1º e art. 34, VII, “a”) para cumprimento dos objetivos previstos expressamente no art. 3º da CF-88.

Para nós, esta é a chave que pode desencobrir o véu do Direito Financeiro para as condutas *rent-seeking* e alinhar conteudisticamente as leis orçamentárias à Constituição Federal e as normas jurídicas da despesa pública com suas respectivas normas de decisão às leis orçamentárias.

Vejamos, na sequência, como a atividade de controle pode contribuir para prevenir ou repreender condutas *rent-seeking*, evitando-se a inconstitucionalidade

da norma jurídica da despesa pública.

3.3 POR UM VERDADEIRO CONTROLE FINANCEIRO, OPERACIONAL E ORÇAMENTÁRIO: PREVENINDO E REPREENDENDO A *RENT-SEEKING* PARA PRESERVAR A NORMA JURÍDICA DA DESPESA PÚBLICA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Subjaz a toda e qualquer ideia de controle da Administração Pública a noção da forma de governo republicana.

Assim, passemos, mais uma vez, a palavra a GERALDO ATALIBA que tanto se debruçou neste tema de magnata relevância:

> A ideia de *república* domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros. [...] a interpretação de legislação e demais atos de governo haverá de ser sempre desempenhada – pela Administração ou pelo Judiciário – de modo a, exaltando a harmonia do sistema jurídico, valorizar condigna e adequadamente os seus princípios fundamentais, buscando dar-lhes eficácia e fazer com que todos os comportamentos se curvem às suas exigências. Só assim a república será valorizada e exaltada no plano prático [...]. (ATALIBA, 2001, p. 33, grifos nossos.)

Essa lição nos impele a observar a imprescindibilidade de que as ideias republicanas, especialmente a responsabilidade para com a sociedade e o compromisso na gestão da coisa pública, tanto por parte do próprio gestor como daquele que com o Estado se relaciona, sejam levadas a sério na concretização de toda e qualquer norma jurídica que prescreva uma *relação de administração*[47] em

---

[47] De acordo com RUY CIRNE LIMA,

> à relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade [...]. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes. [...] No domínio, a vontade é predominante. (LIMA, 1964, p. 51-52.)

Para Alexandre MAZZA, adotando um critério formal em que importa o regime normativo aplicável ao vínculo intersubjetivo para definir a relação de Administração Pública, colocando o acento deve ser colocado na função administrativa, posto que nem tudo que a Administração Pública faz é função administrativa, além do que a função administrativa não é exercida com exclusividade pelas entidades da Adminsitração Pública (o que refutaria critério subjetivo):

> relação de Administração Pública é o vínculo jurídico regido pelo Direito

seu consequente normativo, especialmente aquela que se verifica no exercício da atividade financeira do Estado, em especial a norma jurídica da despesa pública, umbilicalmente atrelada que está na consecução direta de direitos fundamentais, coletivos ou difusos.

Tais ideias republicanas, que deveriam ser concretizadas por comportamentos ou posturas republicanas em todas as diversas relações jurídicas travadas no âmbito da Administração Pública e regidas pelo Direito Público, tem sido, de longe, as mais espezinhadas e desprezadas, seja pela própria Administração Pública, seja pela parte que com ela se relaciona juridicamente.

Esta constatação torna-se ainda mais evidente quando são examinadas as finanças públicas, nas quais ainda predomina fortemente um olhar jurídico preso ao exegetismo do século XIX, em que a despesa pública não passa de um montante pecuniário fixado na lei orçamentária para o atendimento de alguma necessidade coletiva onde se confunde texto com norma e, consequentemente, as atividades dos órgãos de controle (interno e externo) atuam acentuadamente sobre aspectos formais, subsumindo os fatos às análises contábeis orçamentárias, em vez de se enveredaram pelo caminho mais adequado constitucionalmente (mas bem mais complexo) de *construir a norma jurídica da despesa, a partir do caso concreto que lhe é apresentado*.

Para esta difícil e responsável empreitada construtivista que cabe aos órgãos de controle da atividade financeira de Estado, é preciso, antes de tudo, que esses mesmos órgãos tenham aquilo que KONRAD ESSE chamou de *vontade de Constituição*.

De acordo com o autor, esta vontade origina-se de três vertentes distintas:

a) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio;
b) compreensão de que esta ordem necessita estar em constante processo de legitimação, não se tratando apenas de uma ordem legitimada pelos fatos;

> Adminsitrativo que surge como efeito direto da lei ou da prática de ato administrativo, consistente na ligação concreta e imediata entre dois ou mais sujeitos de direito, sendo que pelo menos um deles se encontra no exercício da função administrativa, e caracterizado pela existência de um complexo de poderes e deveres unidos em torno de uma finalidade pública. (MAZZA, 2012, p. 87.)

c) compreensão de que esta ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, haja vista que “a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis” (HESSE, 2009, p. 133).

Conforme já escrevia KONRAD ESSE:

> Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas proveniente de juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. (HESSE, 2009, p. 132.)

A adoção expressa da república pela Constituição Federal (CF-88, art. 1º), reafirmada como *princípio sensível* (SILVA, 1990, p. 514-515; LEWANDOWSKI, 2013, p. 808) cuja inobservância pode ocasionar a enérgica reação da intervenção federal (CF-88, art. 34, VII, “a”), arrasta consigo toda a carga histórica e significativa do conceito, espraiando-se pelos três poderes, em todos os níveis de nossa federação, importando uma *determinação,* uma *prescrição,* e não uma mera sugestão ou recomendação com o trato com a coisa que não pertence privativamente ao gestor público, mas a todos *indivisivelmente*, nítido direito *difuso* (CDC, art. 83, inciso I).

Na esteira do que propomos, aponta MARTONIO MONT’ALVERNE BARRETO LIMA (2013, p. 108) que:

> O princípio dos princípios da Constituição Federal de 1988 é a imposição da República, unido à indissolubilidade da Federação Brasileira. Não se trata aqui de uma declaração de intenções a figurar no texto constitucional apenas por eventual diletantismo do constituinte. É, na verdade, um comando objetivo aplicável e exigível a toda aplicação do sistema normativo brasileiro, constitucional e infraconstitucional. O princípio republicano, aliado à condição de Estado Democrático de Direito, é, pois, impositivo a todas as relações entre o Estado e seu povo, e, ainda, no interior de ambos. [...] O primeiro instante significativo do termo República surge em Cícero, quando afirma que ‘é, pois, a República coisa do povo considerado como tal, não de homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum’ (CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*, p. 40). A ideia, portanto, da República como um conceito abrangente, não restrito, é constatável desde seu aparecimento e dessa origem não se tem desvinculado.

Vejamos o artigo 70 da Constituição Federal que, especialmente para os limites desta tese, representa um verdadeiro farol a iluminar a construção da norma

jurídica de toda e qualquer despesa pública.

> Art. 70 – *A fiscalização* contábil, *financeira*, *orçamentária*, *operacional* e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, *quanto à legalidade, legitimidade, economicidade*, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, *será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder*.
> Parágrafo único – Prestará contas *qualquer pessoa física ou jurídica*, *pública ou privada*, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (BRASIL, 1988, grifos nossos.)

Este dispositivo, consagrando constitucionalmente o chamado controle externo da Administração Pública no âmbito da atividade financeira de Estado, nada mais é do que uma decorrência irrefutável do princípio republicano (CF-88, art. 1º).

Com efeito, ainda que eventualmente não constasse de nossa Constituição o artigo 71, a prestação de contas de quem utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra dinheiro, bens e valores públicos, seja pessoa física seja jurídica, pública ou privada e, evidentemente, a responsabilidade que daí decorre, seria um desdobramento direto do princípio republicano.

Com efeito, “a simples menção ao termo *república* já evoca um universo de conceitos intimamente relacionados em si [...]. Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial” (ATALIBA, 2011, p. 67).

GERALDO ATALIBA assevera que este princípio funciona “como um alicerce de toda a estrutura constitucional, pedra de toque ou chave de abóbada do sistema”, exercendo a “função capitular de mais transcendental importância, determinando inclusive *como se deve interpretar os demais*” (ATALIBA, 2011, p. 37-45).

Como já afirmamos, o princípio republicano se espraia por cada enunciado existente na Constituição Federal, lançando luzes na interpretação do texto constitucional e, portanto, na norma jurídica que vier a ser construída.

No âmbito das finanças públicas, GUILHERME BUENO DE CARVALHO cunha a expressão *governança republicana*, identificando-a como um “complexo de normas e instrumentos gerenciais sistematizados que garantem ao cidadão que a gestão financeira do Estado seja realizada de acordo com o interesse público, pautada sempre pela transparência, pelo permanente monitoramento e pela efetiva participação social” (CARVALHO, 2011, p. 771).

De acordo com o autor:

> A boa administração dos recursos públicos constitui-se também em verdadeiro direito fundamental decorrente do princípio republicano, qual seja, o direito republicano de que a gestão financeira do Estado seja permanentemente voltada aos interesses da sociedade, envolvendo eficiência, transparência, monitoramento, controle, prestação de contas, responsabilização dos agentes públicos pelos seus atos e participação social. [...] Na gestão financeira do Estado está presente, de forma acentuada, a noção de coisa pública ou da *res publica*. [...] o Estado, para a realização de seus objetivos, retira compulsoriamente da sociedade uma parcela de sua riqueza. Esses recursos, originados do esforço de toda a coletividade, devem ser geridos de modo a produzir o melhor resultado possível para o interesse público. (CARVALHO, 2011, p. 772.)

Tudo isso tem uma enorme relevância quando observamos a despesa pública como norma jurídica, pois para construí-la devemos, necessariamente, passar pelo princípio republicano e por seu maior desdobramento constitucional no âmbito das finanças públicas, que é o artigo 70.

Na esteira do que afirma ORLANDO FACCINI NETO:

> A Constituição [...] passa a ser o paradigma de atuação dos órgãos estatais, que se incumbirão pela efetivação de suas normas. A asserção, aliás, há de ser entendida como pertinente a todos os poderes de Estado; vinculação do legislador, vinculação no exercício da atuação administrativa e vinculação na produção de decisões judiciais". (FACCINI NETO, 2011, p. 136-137.)

Deve-se acrescentar: vinculação de *qualquer decisão jurídica*[48] à Constituição, ainda que entre particulares (LUÑO, 2004, p. 22-25; STEINMETZ, 2004; DUQUE, 2013).

Em verdade, como bem observa RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA, "há no Brasil uma tendência herdada desde os tempos do império de 'encobrir' o sentido real da Constituição, resignando-a a um papel secundário na esfera jurídica e que tende a tornar baixa a densidade normativa dos textos de nossas Constituições" (OLIVEIRA, 2008, p. 69-70). Conclui: "esta 'baixa constitucionalidade' torna obscuro os sentidos estabelecidos pelos preceitos constitucionais e não permite o 'acontecer' da

---

[48] De acordo com RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI, a partir da perspectiva da teoria dos sistemas

> torna-se possível observar a produção de decisões jurídicas em todos os contextos da sociedade e não apenas nos tribunais. [Desse modo,] qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais, como o Estado ou mais especificamente os tribunais. (LAZZAROTTO, 2014, p. 712-713.)

Constituição".

É preciso fazer acontecer a Constituição na construção da norma jurídica da despesa pública e isso só é possível se for realmente levado a sério o princípio republicano e sua decorrência direta no Direito Financeiro: o artigo 70 da Constituição Federal. Mas, por que exatamente o artigo 70?

A razão é simples: o artigo 70 da Constituição Federal apresenta aspectos *qualitativos* a serem levados em conta por ocasião da decisão jurídica sobre a despesa pública ou, em outro português, abre um horizonte pós-positivista para a concepção jurídica da despesa pública, para muito além de aspectos meramente formais do gasto público.

O artigo 70 é uma clara imposição constitucional aos intérpretes da Constituição para se ter um olhar pós-positivista no estudo do Direito Financeiro, pois joga *para dentro da norma da jurídica da despesa* toda a vasta faticidade que circunda a despesa pública e, mais que isto, possibilita a construção de cenários futuros a serem cotejados no momento da concretização da norma jurídica, permitindo dar toda a visibilidade jurídica, por exemplo, ao *rent-seeking*.

Com efeito, trata o referido dispositivo constitucional, dentre outros, do *controle financeiro, operacional* e *orçamentário* sobre a atividade financeira do Estado a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, órgão administrativo e técnico, com atribuições expressas no texto constitucional, exercendo função *fiscalizadora* (realiza auditorias e inspeções), *consultiva* (emite parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo e responde às consultas), *informativa* (envia informações ao Congresso Nacional, bem como aos demais órgãos de controle e divulga na dados sobre a Administração Pública), *judicante* (julga as contas dos administradores de recursos públicos), *sancionadora* (aplica sanções financeiras àqueles que praticam atos irregulares no âmbito das finanças públicas e adota as medidas necessárias ao ressarcimento ao erário), *corretiva* (fixa prazo para que órgãos e entidades corrijam eventuais falhas e irregularidades ou sustem a prática de atos impugnados) e *normativa* (edita normas relativas a suas atribuições).

Fiscalização ou controle financeiro diz respeito "ao controle dos recursos arrecadados pela União, em especial à análise sobre sua destinação – analisar se eles foram destinados às destinações estabelecidas na Constituição e nas demais

normas de regência" (SCAFF & SCAFF, 2013, p. 1.166).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, por sua vez, trata as fiscalizações financeira e contábil conjuntamente, definindo-as como *controle sobre as despesas e receitas* (SILVA, 2005, p. 463).

O controle orçamentário relaciona-se "à aplicação dos recursos públicos, conforme as leis orçamentárias, acompanhando a arrecadação dos recursos e sua aplicação" (PASCOAL, 2009, p. 137).

Além disso, o mesmo dispositivo constitucional determina que a atividade financeira de Estado também seja fiscalizada *operacionalmente*, ou seja, a ideia deste controle é justamente avaliar o grau de cumprimento dos objetivos e metas previstos nas leis orçamentárias, bem como "determinar a eficiência (máximo de rendimento sem desperdício de gastos e tempo), a eficácia (realização das metas programadas) e a economicidade (operação ao menor custo possível) dos atos de gestão praticados" (MILESKI, 2011, p. 285).

Na avaliação de BRUNO NAGATA, o controle das finanças públicas à luz da economicidade verificará em que medida a Administração Pública "[...] obteve êxito na equação custo-benefício. Ou seja, se ela conseguiu o melhor benefício desejável ao menor custo possível. Busca-se a otimização nos gastos públicos, havendo, em última análise, uma fiscalização quanto à eficiência da administração" (NAGATA, 2011, p. 378-379).

HELIO SAUL MILESKI observa que:

> A fiscalização operacional representa um estágio evolutivo no sistema de controle da atividade financeira do Estado, na medida em que, além de visar à preservação das finanças e do patrimônio público, passa também a ter o sentido do aperfeiçoamento das instituições administrativas, tendo em conta sua melhor produtividade, uma vez que busca avaliar a eficiência, eficácia e economicidade dos atos dos administradores, procedendo a recomendações para tal fim. (MILESKI, 2011, p. 285.)

A fiscalização operacional, portanto, envolve o *controle de resultado* (SILVA, 2005, p. 463) da atividade financeira de Estado. Por isso, a construção de qualquer norma jurídica da despesa pública, que deve escorar qualquer decisão jurídica sobre o gasto público, não pode prescindir daquilo que podemos chamar de *tripé constitucional da despesa pública* (fundamentalmente, o princípio republicano, o controle das finanças públicas, bem como os objetivos constitucionais a serem

perseguidos pela república: artigo 1º, artigo 3º e artigo 70 e 74 da Constituição Federal de 1988). Os enunciados desses dispositivos constitucionais, muito embora não se refiram diretamente à execução orçamentária ou à decisão sobre o gasto público, não podem ficar distantes da composição da norma jurídica da despesa pública.

Nesta linha de pensamento está a lição de FERNANDO FACURY SCAFF quando ensina que os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil são determinantes "para toda e qualquer ação governamental (ou não) e para as interpretações do texto constitucional [...]. É uma nova diretriz que foi estabelecida na redemocratização brasileira pós-88" (SCAFF, 2007, p. 349).

A necessidade de concreção do texto constitucional na construção da norma jurídica da despesa pública insere-se no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, "pode-se dizer que o Direito no Estado liberal é ordenador, no Estado social, promovedor, e no Estado Democrático de Direito lhe é agregado um *plus* normativo, passando a ter uma função *transformadora*" (OLIVEIRA, 2008, p. 72).

Nesse contexto, "a consagração do Estado Democrático de Direito enceta novos paradigmas de controle [...]. É que ao estabelecê-lo como modelo conformador do Estado brasileiro, a Constituição direciona a atividade de todos os órgãos públicos, no caminho de sua efetivação" (FACCINI NETO, 2011, p. 141).

É nesse sentido que HELIO SAUL MILESKI afirma a importância do controle da Administração Pública, tornando "imperativo o estabelecimento de condições que verifiquem, constatem e imponham o cumprimento da lei para o atendimento do interesse público, com a finalidade de ser evitado o abuso do poder" (MILESKI, 2011, p. 168).

O parágrafo único do artigo 70, reforça o *caput* apresentando o aspecto subjetivo do controle, ou seja, *quem* está sujeito ao controle externo e interno da atividade financeira do Estado. O dispositivo é amplo e açambarca qualquer pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, bastando que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bem ou qualquer valor público.

Esse dispositivo tem uma grande importância pois estabelece quem está sujeito à *prestação de contas* e, consequentemente, deve ser *responsabilizado*. É

nele que, segundo pensamos, encontra-se a base para se imputar a responsabilidade financeira no caso de *rent-seeking*, seja do gestor público ou de pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Podemos, pois, afirmar que toda a estrutura e procedimentalização do controle da Administração Pública, em todos os seus âmbitos materiais, mormente na seara financeira que representa uma fase do ciclo orçamentário (JUND, 2008, p. 276), é uma exigência da forma republicana adotada pela CF-88 e confirmada pela sociedade por meio do plebiscito ocorrido em 1993.

Ao que nos interessa de modo mais próximo, o *caput* do referido dispositivo constitucional determina que a fiscalização financeira, orçamentária e operacional da atividade financeira do Estado seja realizada não apenas quanto à legalidade (submissão às leis e princípios jurídicos) (MILESKI, 2011, p. 290), mas igualmente quanto à *economicidade* (relação custo-benefício da decisão jurídica sobre o gasto).

Além disso, o inciso II do artigo 74 da Constituição determina que o controle interno, a ser realizado pelos três poderes de forma integrada, tem por finalidade avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão financeira.

Quando o texto constitucional *determina* que o controle da atividade financeira do Estado realizado no âmbito financeiro e operacional do Estado leve em conta a economicidade, bem como avaliando-se o resultado da gestão financeira quanto à eficácia (realização das metas programadas) (MILESKI, 2011, p. 285) e eficiência (máximo de rendimento sem desperdício de gastos e tempo) (MILESKI, 2011, p. 285), temos um significado jurídico muito evidente: a Constituição Federal *não admite* gasto público antieconômico, ineficiente ou ineficaz. Simples assim.

Realmente, não faria qualquer sentido a Constituição Federal adotar expressamente a República como princípio orientador de toda a atividade estatal, elencar objetivos a serem perseguidos, prever expressamente a fiscalização financeira, operacional e orçamentária da atividade financeira do Estado, bem como o controle do resultado do gasto público, avaliando-o quanto à economicidade (CF-88, art. 70, *caput*), quanto à eficácia e eficiência (CF-88, art. 74, II) e, simultaneamente, admitir juridicamente que esse mesmo gasto pudesse ser antieconômico, ineficiente ou ineficaz. Seria um verdadeiro *non sense* jurídico.

De acordo com EMERSON CESAR DA SILVA GOMES,

> no Direito Constitucional Brasileiro, a preocupação com o desempenho da gestão pública surge com força na Constituição de 1988. Sob a égide da Constituição de 1967, a disciplina da fiscalização financeira (arts. 71 a 73) não fazia qualquer referência à avaliação de desempenho na gestão pública, havendo apenas algumas referências na legislação infraconstitucional. [...] Na Constituição Federal de 1988, há diversas referências às dimensões do desempenho: eficiência, eficácia e economicidade. (GOMES, 2015, p. 298.)

Em outro português: a norma da despesa pública deve obedecer à legalidade, à legitimidade[49] e à economicidade, sendo que esta última "diz respeito ao critério de uso da menor quantidade de recursos públicos para atingir a maior gama de benefícios ou de beneficiários" (SCAFF & SCAFF, 2013, p. 1.167). Além disso, deve ser eficaz e eficiente (CF-88, art. 37, *caput* e art. 74, II).

Economicidade, eficácia e eficiência são dimensões do controle de resultado (GOMES, 2015, p. 303). Assim, podemos considerar essas dimensões como *controle do resultado do gasto público*.

Nas acertadas palavras de FERNANDO FACURY SCAFF e LUMA CAVALEIRO DE MACEDO SCAFF, a economicidade "visa averiguar se o gasto público está sendo usado de maneira a permitir que cada unidade de recursos gere maior benefício possível em termos de pessoas atingidas ou de benefício a serem concedidos. Visa averiguar se não há desperdício no uso do dinheiro público" (SCAFF & SCAFF, 2013, p. 1.167).

Enquanto a economicidade está relacionada à aquisição de insumos ao melhor preço com a mesma qualidade, a eficiência mede a relação entre os bens e serviços produzidos e os recursos utilizados, e a eficácia diz respeito ao alcance dos objetivos previamente formulados, portanto, ao planejamento do gasto (GOMES, 2015, p. 303-304).

Nesse contexto, é acertado situar o controle da atividade financeira do Estado no rol de *garantias dos direitos fundamentais* (ZYMLER, 1998, p. 24), já que a concretização de qualquer direito social fundamental pelo Estado exige, necessariamente, o dispêndio de recursos públicos, normalmente, pela via do orçamento público.

Ao se inserir o controle da atividade financeira do Estado no âmbito das

---

[49] De acordo com ÉLIDA GRAZIANE PINTO (2014), "não há como entender o que seria controle de legitimidade das contas públicas tal como prescreve o art. 70 da Constituição, senão identificando na ideia de legitimidade a adequação ao ordenamento constitucional".

garantias dos direitos fundamentais, arrastamos para a seara do controle o artigo 60, § 4º da CF-88, tornando-o cláusula pétrea.

Além disso, a garantia de um rigoroso controle das finanças públicas, nos exatos termos do que determina o artigo 70 da Constituição Federal, permite-nos inserir esta garantia fundamental no chamado *microssistema de tutela do custeio dos direitos fundamentais*, que, nas palavras de ÉLIDA GRAZIANE PINTO, compõe-se de "garantias fundamentais de financiamento adequado dos direitos sociais" (PINTO, 2016).

Ora, só podemos falar de um orçamento público voltado para o atendimento e a concretização de direitos fundamentais, coletivos ou difusos, quando temos um planejamento orçamentário que seja verdadeiramente retroalimentado por uma atividade de controle pautada no texto constitucional, que possa corrigir distorções, coibir excessos, evitar arbitrariedades no exercício da atividade financeira do Estado para, ao fim e ao cabo, fazer com que a decisão jurídica sobre gasto público permaneça nos trilhos da Constituição Federal, concretizando-a em prol da coletividade.

Nessa perspectiva, o controle das finanças públicas, como determinado pelo texto constitucional, talvez seja um dos maiores garantes desse microssistema de tutela do custeio dos direitos fundamentais, *evitando decisões jurídicas sobre o gasto público que possam se afastar da Constituição ou, não sendo isto possível, imputando os responsáveis pela má-utilização dos recursos públicos, sancionando-os financeiramente*.

Para além de mero argumento retórico, essa inserção do controle das finanças públicas no rol das garantias fundamentais, da forma como desenhado pelo texto constitucional, retira este controle e seu conteúdo constitucional da disposição do legislador, mesmo que atue por meio de uma maioria qualificada.

De acordo com INGO WOLFGANG SARLET, "os assim chamados limites materiais à reforma da constituição objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição, em virtude de sua relevância para a própria identidade da ordem constitucional [...]" (SARLET; MARINONI & MITIDIERO, 2012, p. 120).

Realmente, considerando que o orçamento público é instrumento de materialização das necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo considerada a lei mais importante após a

Constituição Federal (TORRES, 1995, p. 279), faz todo o sentido considerar o controle sobre a execução orçamentária uma garantia de direitos fundamentais, com toda consequência jurídica que disso decorre.

Nesta linha, pode-se considerar o Tribunal de Contas um órgão técnico-auxiliar não apenas do Poder Legislativo, como textualmente consta da Constituição, mas simultaneamente da Administração e do Judiciário (TORRES, 1995, p. 279) ou, como queria RUY BARBOSA, um *mediador independente* entre o poder que autoriza a despesa e o poder que a executa, sendo o "corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil" (BARBOSA, 1970, p. 254).

Além disso, parece-nos bastante evidente que, num ambiente onde todos os poderes estão submetidos à Constituição tendo, pois, responsabilidade para a concretização do texto constitucional (ABBOUD, 2011, p. 406 e 418), e a partir de um paradigma onde não há sinonímia entre texto e norma, não se pode alijar do Tribunal de Contas a possibilidade de exercer o controle em concreto de constitucionalidade, especialmente em sua função judicante, quando da construção da norma jurídica da despesa pública e da respectiva norma de decisão.

A norma de decisão do Tribunal de Contas deve ser comunicada aos gestores públicos e particulares que com o Poder Público se relacione, para a eventual tomada de providências, por exemplo, suspendendo o contrato administrativo cuja despesa pública foi considerada inconstitucional, de sorte que o órgão controlador, pelo fato de exercer o controle de constitucionalidade no caso concreto e compor a norma jurídica da despesa pública, não se arvora e nem toma o lugar do gestor. *Est modus in rebus*.

Frisamos: o Tribunal de Contas, como órgão administrativo que é, também está vinculado à Constituição Federal e, igualmente, tem a incumbência de *concretizar o texto constitucional*, de sorte que a "base normativa" para o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas não é a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal (ROSILHO, 2016, p. 140), mas a própria Constituição, sua força normativa e vinculante. Afinal, "negar à Administração Pública o poder de realizar o controle de constitucionalidade seria o mesmo que, em outras palavras,

afirmar que a Administração Pública estaria imunizada em relação ao texto constitucional" (ABBOUD, 2011, p. 420) ou devesse ficar sempre aguardando a boa vontade do Poder Judiciário para deixar de aplicar leis que, escancaradamente, afrontassem o texto da Constituição. Enfim, relegando a vontade de Constituição ao Poder Judiciário.

A despeito de sua natureza administrativa, a Constituição Federal atribui ao Tribunal de Contas a função de *julgar as contas* dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou qualquer outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 70, inciso II).

Como observa GEORGES ABBOUD, "existem determinados órgãos integrantes da Administração Pública que realizam atividade muito próxima da jurisdicional, na medida em que solucionam conflitos relativos a matérias que são de sua atribuição" (ABBOUD, 2011, p. 428).

O autor dá justamente o exemplo do Tribunal de Contas e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e conclui que "para o exercício de suas tarefas, deve o Tribunal de Contas aplicar diretamente a Constituição ao exercício de suas atividades, inclusive, realizando o controle difuso de constitucionalidade" (ABBOUD, 2011, p. 429), tudo porque, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, os Tribunais de Contas "têm o dever de contribuir para a concretização dos princípios constitucionais e preservação dos direitos fundamentais" (ABBOUD, 2011, p. 429).[50,51]

Aliás, JOSÉ MAURÍCIO CONTI nos mostra que a legalidade inscrita no artigo 70 da Constituição Federal "não deve ser compreendida na sua acepção mais restrita, [...] mas em seu sentido amplo, de forma a abranger também as normas

---

[50] Em sentido contrário, ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO argumenta que a CF-88 prevê, no artigo 97, a exclusivamente dos Tribunais (judiciais) para exercerem o controle de constitucionalidade (ROSILHO, 2016, p. 136-142). Com toda a vênia, não podemos concordar com o autor, pois o que o artigo 97 da CF-88 exige é tão somente o *quórum* para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais. Trata-se, pois, da conhecida "cláusula de reserva de plenário", mas não limite do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário.

[51] No MS 25.888, j. 22.3.2006, o Min. GILMAR MENDES ordenou a suspensão dos efeitos a decisão do TCU279, sendo que um dos argumentos utilizados foi o de que declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas violaria o princípio da legalidade, tanto pela ótica do artigo 71 da Constituição, que delimita as competências do TCU, quanto pela perspectiva do artigo 177, que estabelece o regime de exploração do petróleo, deixando claro que a Súmula 347 do STF não teria sido recepcionada pela CF-88.

hierarquicamente superiores e inferiores" (CONTI, 1998, p. 4), de sorte que neste controle da legalidade também pode residir, num espectro mais lato, o controle da constitucionalidade.

As relevantíssimas competências *constitucionais* atribuídas ao Tribunal de Contas e arroladas nos incisos do artigo 71 permitem concluir que este órgão técnico no controle das finanças públicas não pode ficar na dependência de uma manifestação jurisdicional para que concretize a Constituição Federal, construindo a norma jurídica da despesa pública em cada situação concreta e, neste mister, possa realizar o controle difuso da constitucionalidade, afastando textos de leis contrários à Constituição Federal.

Por exemplo, imaginemos que o Estado de São Paulo crie uma lei que estabeleça uma nova modalidade de licitação e, a partir daí, contrate determinada empresa para a prestação de um serviço público. Quando esta situação em contrato passar pelo crivo do Tribunal de Contas nada impediria que o Tribunal, *sponte propria*, realizasse o controle de constitucionalidade da referida lei, afastando sua aplicação no caso concreto e, imediatamente, tomasse providências cautelares, por exemplo, para evitar o dispêndio irregular de recursos públicos. Não há no texto constitucional qualquer limitação subjetiva para o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Aliás, sequer o próprio controle difuso exercido pelo Poder Judiciário, atribuído a qualquer juiz ou Tribunal, também tem previsão expressa no texto constitucional, como também não havia previsão por ocasião do maior precedente histórico do *judicial review*, quando em 1803 a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a lei federal que dava competência originária à Suprema Corte para emitir *mandamus* nos termos pleiteados por William Marbury contrariava a Constituição Federal que só lhe reconhecia competência de apelação nos casos não indicados por ela mesma como de competência originária.

Parece-nos que a ideia é a mesma para todos os poderes: a Constituição é o limite e o verdadeiro parâmetro, a bússola, o *contre-rôle* para as atividades de controle, especialmente aquela que tem por objeto as atividades financeiras do Estado consubstanciadas no chamado ciclo orçamentário, verdadeira condição *sine qua non* para a concretização de qualquer direito fundamental.

Ora, se no Estado Constitucional a lei sede lugar para a Constituição ser a

referência para *qualquer ato estatal* (judiciário ou administrativo) e se todos, sem exceção, estão vinculados ao texto constitucional, não há como escantear o Tribunal de Contas do dever de realizar o controle difuso de constitucionalidade quando do exercício de suas competências constitucionais.

Ainda conforme GEORGES ABBOUD,

> Para o exercício de suas tarefas, deve o Tribunal de Contas aplicar diretamente a Constituição ao exercício de suas atividades, inclusive, realizando o controle difuso de constitucionalidade. [...] os Tribunais de Contas, ao realizarem sua atividade, têm o dever de contribuir para a concretização dos princípios constitucionais e preservação dos direitos fundamentais. (ABBOUD, 2011, p. 429.)

A partir destas ideias podemos fazer o *link* constitucional com as condutas *rent-seeking*.

O controle do resultado do gasto público, concretizando a análise da economicidade e da eficiência na fiscalização financeira do Estado, é de extrema relevância para que os órgãos de controle verdadeiramente se desincumbam deste mister que a Constituição lhes endereçou e passem a realizar um controle substancial, de qualidade, e não meramente formal dos gastos públicos, o que é imprescindível para a própria constatação do *rent-seeking*, especialmente da perda social que é consequência inerente a tais condutas.

Como visto, a conduta *rent-seeking* é composta de ação (conduta) mais resultado.

A conduta de busca à renda, em si, não é proscrita pelo direito brasileiro, de modo que a prevenção da *rent-seeking* deve sempre ser perseguida com olhos voltados para o *resultado*. Todavia, caso haja indícios de perdas sociais os órgãos de controle devem, *imediatamente*, acionar os mecanismos cautelares para evitar que esta perda social possa se concretizar e, consequentemente, configurar *rent-seeking*.

Como veremos adiante, o acionamento destas medidas pelos órgãos de controle, além de permitir a eventual prevenção da perda social, marca a responsabilidade financeira do gestor público em caso de ser posteriormente constatada a perda social, de sorte que sem este “alerta”, temos por inviável sua responsabilização financeira pela perda social, sob pena de aceitar sua responsabilidade objetiva, sem respaldo legal.

De qualquer modo, o fato é que a fiscalização financeira à luz da economicidade/eficiência permite que a atividade de controle evite qualquer "*deficit* de responsividade", próprio de controles meramente formais.

De acordo com FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, referido *deficit* representa um "distanciamento em relação aos objetivos e efeitos alvitrados pela sociedade e perseguidos pela atuação administrativa". Para o autor, um dos objetivos do controle é justamente a "adequada aplicação de recursos públicos".

Desse modo, afirma que

> cada vez mais é necessário verificar se o emprego dado a um bem do patrimônio público corresponde à melhor utilidade que dele se pode extrair. Assim é que a adequada aplicação de recursos públicos se relaciona não apenas com gestão orçamentária, como também com responsabilidade civil, economicidade (eficiência alocativa) e probidade. (MARQUES NETO, 2010.)

O controle formal do gasto público cinge-se na verificação do objeto da prestação da relação jurídica prescrita no consequente da norma da despesa pública, ou seja, por este viés a despesa pública não passa de um mero *montante pecuniário* fixado no orçamento público. Trata-se de uma visão que é fruto de um positivismo exegético, anterior mesmo ao giro linguístico, no qual a lei orçamentária que fixa a despesa pública é tida como sinônima da norma jurídica da despesa pública.

É preciso ir além disso e construir a norma jurídica da despesa pública a partir dos textos de normas (inclusive o texto constitucional) e do caso concreto para que seja possível um verdadeiro controle formal *e* substancial do gasto público. Esta ideia fica bem clara quando assumimos que

> aumentar gastos, portanto, não significa melhorar a sua qualidade. Com base nisso, o controle interno deverá [...] transcender a mera análise formal da legalidade dos atos ordenadores do gasto público. Deve-se, assim, verificar o efetivo cumprimento dos objetivos constitucionais e o respeito às diretrizes traçadas nas leis orçamentárias. (CONTI & CARVALHO, 2011, p. 214.)[52]

---

[52] Analisando os gastos diretos do governo federal com educação, bem como os gastos tributários na área da educação (v.g. PROUCA-REICOMP, PROUNI, imunidade de livros e periódicos, descontos do IRPF com despesa de educação, entidades sem fins lucrativos etc.), no período entre 2004 a 2014, MARCOS MENDES conclui que a área da educação foi bastante privilegiada em termos de alocação de recursos. Todavia, os programas financiados não passam de verdadeiras "apostas" e conclui: "escolheram-se alguns programas para serem turbinados. Despejou-se soma

Realmente, aumentar o gasto formalmente não representa, necessariamente, melhor aproveitamento, maior economicidade, mais eficiência desse mesmo gasto. Aliás, pelo contrário, pode simplesmente alavancar uma maior busca de rendas por parte de *rent-seekers* de plantão e, consequentemente, representar *maior perda social*, reforçando a configuração da *rent-seeking*.

Nesse sentido, indo além do mero aspecto formal, pode ser mencionado o conceito de equilíbrio orçamentário demarcado por FERNANDO FACURY SCAFF quando afirma que:

> É necessário considerar outras variáveis além da análise estática da receita e da despesa pública. É necessário analisar a função do crédito público, a forma de pagamento e os juros cobrados, a qualidade da despesa pública e das renúncias fiscais, enfim, ver este conjunto de forma diferida no tempo, para que possamos considerar não apenas a leitura contábil-matemática deste preceito, mas sua *sustentabilidade financeira* em médio e longo prazo. (SCAFF, 2014, p. 41.)

Muito embora o autor não tenha mencionado expressamente a análise da *rent-seeking* para a consideração da sustentabilidade financeira, faz menção à qualidade da despesa pública e das renúncias fiscais, ficando claro que também o comportamento *rent-seeking* não pode ser desconsiderado, pois se enquadra justamente neste aspecto dinâmico do equilíbrio orçamentário.

Em outra passagem, o autor elenca um conjunto de ações que poderiam contribuir para a melhor qualidade e maior extensão de serviços públicos, sem que haja aumento da carga tributária ou da dívida pública:

> a) eleger melhor representantes; b) desentupir as artérias do processo eleitoral e legislativo; c) dar mais atenção à elaboração, execução e fiscalização das leis orçamentárias; d) ver com mais atenção as prioridades de governo (usar melhor o direito público arrecadado); e) fiscalizar melhor os gastos públicos; f) realizar gastos com maior legitimidade, economicidade e eficiência; e g) combater a corrupção política e econômica e o desperdício dos gastos públicos. (SCAFF, 2016, p. 42.)

A investigação da *rent-seeking* e a responsabilização dos envolvidos está nas

---

considerável de recursos em cada um deles, sem uma adequada hierarquização de prioridades ou avaliação do impacto de cada um deles. Espera-se que, com sorte, eles tragam resultados no futuro" (MENDES, 2015).

entrelinhas em, absolutamente, *todas* as sete ações apontadas por SCAFF. Aliás, em tempos de inversão da Constituição Dirigente (BERCOVICI & MASSONETO, 2006, p. 57-77), com a desarticulação das ordens financeira e econômica nas constituições, deixando a Constituição Financeira blindada a boas intenções do constitucionalismo econômico do século XX, nada mais imprescindível que passar a olhar as atividades *rent-seeking* no contexto do Direito Financeiro e poder concluir, positivamente ou não, acerca dos benefícios coletivos do gasto públicos, do real (não meramente formal) atendimento às necessidades coletivas, articulando Constituição Financeira e Econômica.

Podemos sustentar, portanto, que sem um sério controle do resultado do gasto público simplesmente a conduta *rent-seeking* permanecerá invisível aos olhos do Direito Financeiro. Estamos de acordo com EMERSON CÉSAR DA SILVA GOMES quando afirma que "o gasto público no Brasil, portanto, sujeita-se a todo um arcabouço jurídico, especialmente, no tocante à sua efetivação [...]" (GOMES, 2015, p. 28).

É necessário, na trilha do que aponta ÉLIDA GRAZIANE PINTO, "assegurar a força normativa da Constituição não só como documento que fixa limites à ação estatal, mas principalmente como fundamento material que deveria orientar – positivamente – essa mesma ação" (PINTO, 2015, p. 44).

Este arcabouço jurídico, a começar pelo texto constitucional, proscreve o gasto público antieconômico ou ineficiente e, consequentemente, veda o comportamento *rent-seeking*. Esta vedação é jurídico-constitucional e jurídica deve ser a consequência, responsabilizando-se gestores e o tomador da renda nas hipóteses cabíveis.

É justamente essa determinação constitucional que, como desdobramento do princípio republicano, parece-nos absolutamente fundamental para que haja o controle financeiro tal como exigido por nossa Constituição, uma verdadeira construção, em cada caso concreto, da norma jurídica da despesa pública. Para este mister é imperioso *começar* pelo texto da própria Constituição Federal.

É aqui que a teoria estruturante da norma jurídica, com sua refutação da dualidade ser e dever ser, realidade e Direito, prática e teoria, pode contribuir, pois o fato, o caso concreto (real ou fictício) é coconstitutivo da norma jurídica. Não se fala em subsunção da norma concreta à norma abstrata, pois não uma norma abstrata,

metafísica, descolada da realidade e à espera de um acoplamento. A norma é construída *conjuntamente* com o caso concreto.

Essa noção é muito importante quando transportada para a questão do controle da Administração Pública, pois os órgãos que exercem o controle externo e interno, no caso específico de nossa abordagem, nada mais fazem do que *construir a norma jurídica relacionada à atividade financeira do Estado a partir do caso concreto que lhe é submetido à fiscalização*.

Nesse sentido, não há na atividade de controle, rigorosamente, uma atividade de comparação, de confronto entre um *rôle* e um *contre-rôle*,[53] o que nos levaria a afirmar, ao contrário dos pressupostos que partimos nesta tese, que haveria uma norma concreta a ser subsumida em uma norma abstrata.

O gasto público que não passa positivamente pelo filtro do controle de resultado não encontra arrimo na Constituição Federal sendo, desta forma, inconstitucional a norma jurídica e a norma de decisão que a ele se refere. Esta, ao nosso ver, a consequência jurídica mais severa que o comportamento *rent-seeking* pode ocasionar quando envolve dispêndio de recursos públicos e, portanto, despesas públicas.

Afirmamos isto porque simplesmente não faria qualquer sentido a Constituição Federal determinar que o controle financeiro do Estado seja realizado pelo critério da economicidade e da eficiência e, ao mesmo tempo, aceitar juridicamente um gasto público que fosse antieconômico ou ineficiente.

Neste contexto é perfeita a lição de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA quando ensina que "*toda despesa deve encontrar respaldo constitucional* ou legal. *Todas devem gerar benefício ao Poder Público*, seja como aumento patrimonial, seja como retribuição a serviços prestados ou compra de bens ou serviços etc." (OLIVEIRA, 2001, p. 42, grifos nossos).

Dizer que a despesa pública tenha respaldo constitucional é sustentar, dentre outras coisas, que a despesa pública seja eficiente e econômica, que tenha um custo-benefício positivo e isto só é verdadeiramente possível se o Direito Financeiro não fizer vista grossa ao *rent-seeking* que, como visto, representa sempre um saldo

---

[53] De acordo com ODETE MEDAUAR, "o *contre-rôle* é o registro que efetua o confronto com o registro original e serve para verificar os dados; a expressão foi abreviada, resultando no termo *controle*" (MEDAUAR, 2014, p. 21).

social negativo, de modo que, “no frigir dos ovos”, *podemos eventualmente estar diante de uma despesa pública bem maior que aquela formal e legislativamente delimitada para o atendimento de determinada finalidade pública*, revelando o sempre indesejável distanciamento entre a execução orçamentária e a LOA que deveria ser seu fanal, mas que acaba tendo sua natureza de peça de ficção mais reforçada.

Por esta razão é que entendemos que o texto do artigo 70, reforçado pelo artigo 75, inciso II, da Constituição Federal, muito embora tratando diretamente sobre o controle financeiro e orçamentário, não pode ser desconsiderado na construção da norma jurídica da despesa pública, pois impõem critérios (economicidade/eficiência) ao controle do gasto público que acabam tornando imperioso que se leve em consideração na composição da própria norma jurídica, até mesmo porque o controle nada mais faz que construir a norma jurídica e a norma de decisão a partir do caso concreto para, ao final do ciclo orçamentário, retroalimentar todo o planejamento (elaboração do PPA, LDO e LOA).

Com efeito, o sistema orçamentário brasileiro

> está previsto para funcionar tal como um funil, de forma a estabelecer primeiramente as grandes diretrizes dos gastos e investimentos, a fim de que, ano a ano, elas possam ser melhor delimitadas e implementadas, de conformidade com as receitas que forem obtidas, e com o melhor detalhamento dos projetos a serem desenvolvidos. (SCAFF, 2007, p. 95.)

Este funil desemboca precisamente na norma de decisão da despesa pública, ocasião em que a norma jurídica deverá ser concretizada, submetendo-se ao crivo dos órgãos de controle para que seja reiniciado todo o ciclo orçamentário.

A concepção da LOA inserida num contexto normativo orçamentário de médio e longo prazo (LDO e PPA), aliado à ideia de retroalimentação do ciclo orçamentário pela atividade de controle/avaliação do gasto público, coaduna-se com a implementação da gestão ou controle de resultados.

Para IZABELA MOREIRA CORRÊA, “a gestão pública por resultados foi, assim, desenvolvida como uma estratégia que tem início no momento do planejamento estratégico e vai até o processo de *feedback* das políticas públicas, podendo ser considerada uma prática de boa governança e desenvolvimento institucional [...]” (CORRÊA, 2007, p. 498).

É importante perceber que não é o Direito, num primeiro momento, que dirá

qual o gasto público que passa no teste da economicidade, mas a própria Economia. A análise, aqui, é de custo-benefício. Como dito e redito, é uma dimensão do controle *de resultado*.

Nesse sentido, esclarece FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO que

> verificar o resultado é a um só tempo (i) ampliar o escopo de atuação dos órgãos de controle que devem trabalhar também com a análise de custo-benefício da ação administrativa (controle de eficiência e efetividade) e (ii) dotar a atividade de controle de alguma responsividade, obrigando a que cada medida adotada no controle seja precedida de um relatório de impacto, no qual sejam perquiridos os efeitos e consequência de sua atuação. (MARQUES NETO, 2010.)

Para que se feche o diagnóstico de uma conduta *rent-seeking*, como vimos, é imprescindível não apenas a comprovação da conduta rentista desdiferenciando (v.g. corrupção) *ou não* a decisão jurídica do gasto, mas, igualmente, do resultado socialmente danoso (perda social), o que só pode ser aferido no exercício da atividade de controle pelo critério da economicidade/eficiência.

Trata-se de uma equação extremamente complexa que deve ser resolvida por especialistas de diversas áreas do conhecimento (v.g. Economia, Sociologia, Antropologia etc.), portanto, refugindo por completo dos limites deste trabalho. O Direito deve receber as informações desses outros sistemas e processá-las internamente quando do exercício do controle da atividade financeira do Estado, seja em nível de controle externo (CF-88, art. 70) ou interno (CF-88, art. 75, II).

A complexidade de chegar, ainda que de modo aproximativo, a determinado montante pecuniário da perda social é tamanha que, por exemplo, não se pode desconsiderar neste cálculo o eventual "tempo produtivo perdido" (STOLZE, 2013; TEIXEIRA & AUGUSTO, 2015)[54] também dos rentistas que não restaram exitosos na obtenção, expansão ou manutenção da renda. Da mesma forma, devem ser considerados eventuais benefícios sociais criados pelos caronas (*free riders*) que foram contemplados por renúncias tributárias em decorrência de condutas *rent-seeking* de seus concorrentes.

Tudo isso e muitas outras variáveis, que aqui não teríamos espaço para pormenorizar por extrapolar os limites da tese, devem ser devidamente levadas em conta por ocasião da análise da economicidade e eficiência do gasto público, que é

---

[54] Considerando o tempo como um bem jurídico suscetível de reparação pelo "dano temporal".

o objeto da prestação da relação jurídica prevista no consequente normativo da norma jurídica da despesa pública.

O verdadeiro controle da eficiência, como se percebe, vai *além* do cumprimento de metas fixadas em programas orçamentários.

Evidentemente que tais metas também são importantes, pois fazem parte do planejamento orçamentário, mas o controle da eficiência do gasto público não fica restrito a essa análise estática e exegética da lei orçamentária, até mesmo porque deve retroalimentar o ciclo orçamentário que se inicia justamente com a elaboração do planejamento. Trata-se de um mister altamente relevante que a Constituição determina aos órgãos de controle, externo e interno.

O texto constitucional é de hialina clareza e dispensa detalhamentos por lei ou ato normativo infralegal para que seja realizada esta análise da economicidade e eficiência em todo e qualquer caso concreto que se submeta ao controle da atividade financeira de Estado.

Não se trata, aqui, de “aplicar diretamente” a Constituição Federal como, por exemplo, no caso de interpretar o artigo 196 da Constituição Federal como um direito *individual* servindo o Poder Judiciário como instrumento de “captura orçamentária” individual (SCAFF, 2009, p. 21-42).

Aliás, é preciso deixar claro o seguinte: não vemos qualquer problema em “aplicar diretamente” o texto constitucional. A problemática não reside exatamente aí, mas *no caminho*, *na metodologia* que deverá ser percorrida para a adequada construção da norma jurídica e da norma de decisão.

Assim, mesmo que haja eventual *deficit* de regulamentação legal ou infralegal, portanto, um *deficit* de *textos normativos* para que seja realizado o controle de resultado, isso não impede, nem de longe, a construção da norma jurídica e respectiva norma de decisão por parte dos órgãos de controle a partir do texto constitucional.

O problema que há é como, metodologicamente, chegar à norma de decisão. Certamente que o caminho não é pela filosofia da consciência e nem por qualquer das vertentes positivistas que, no melhor estilo kelseniano, aceitam como jurídica qualquer decisão dentro da moldura, a partir da interpretação como um ato de vontade.

O marco teórico do presente trabalho possibilita a “aplicação direta” da

Constituição, especificamente para a construção de sentido da economicidade e da eficiência do gasto público, mas, frise-se, desde que o trabalho jurídico siga um processo de construção da norma jurídica e da norma de decisão, metodologicamente orientado, levando-se em conta todos os elementos de concretização da norma (*que não se restringem aos dados linguísticos e nem aos textos normativos)*. Trata-se de um trabalho que exige "juristas de um novo tipo", ou seja, "profissionalizados como especialistas em ciências jurídicas e sociais" (MÜLLER, 1995, p. 46).

Assim, seja a aplicação direta da Constituição, leia-se, aquela que não passa por um detalhamento em texto normativo infraconstitucional, seja aquela mediada por leis ou atos normativos infralegais, sempre haverá a necessidade de concretização da norma jurídica.

A problemática que vemos, pois, é *metodológica*, devendo ser evitada a utilização no controle de resultado de "qualquer critério que se encaixe na moldura da norma geral", de um ato de discricionário ou de vontade do órgão que toma a decisão jurídica e que, no limite, acaba surpreendendo o afetado pela decisão, atribuindo-lhe responsabilidades.

Não que a responsabilidade, especialmente a financeira, do *rent-seeker* ou do gestor público, uma vez constatada a *rent-seeking*, não seja possível, mas, para tanto, entendemos ser indispensável uma *sinalização prévia* dentro de um determinado procedimento no âmbito dos órgãos de controle, mostrando possíveis indícios de perda social para que se tenha a possibilidade de reversão do cenário vaticinado ou compensação da perda social já devidamente constatada e mensurada.

De acordo com FRIEDRICH MÜLLER,

> 'concretizar' não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, 'individualizar' uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual 'mais restrito'. Muito pelo contrário, 'concretizar' significa: produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito. Para tal fim existem dados de entrada [Eingangsdaten/inputs] – o caso e os textos de norma nele 'pertinentes' – e meios de trabalho [...].

E, resumidamente, mostra o caminho:

> O jurista, que precisa solucionar um caso do direito constitucional, parte, bem como em outras áreas do direito, das circunstâncias de fato, i.e., do tipo legal, que ele formula profissionalmente. Com esses traços distintivos ele constrói a partir do conjunto de textos da constituição hipóteses sobre o texto da norma, que ele pode considerar 'provavelmente pertinentes' segundo o seu conhecimento especializado. Dessas hipóteses ele chega aos fatos genéricos empiricamente vinculados a elas (ao lado dos fatos individuais do caso). O conjunto desses fatos genéricos, o âmbito material [Sachbereich], ele reduz, em regra, de trabalho ao âmbito do caso [Fallbereich], por razões de economia. Com ajuda de todos os elementos de trabalho que são, num primeiro momento, de natureza linguística, i.e., com ajuda de dados linguísticos, ele elabora o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o âmbito da norma [Normbereich]. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente [...]. Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória (a parte dispositiva da sentença, o teor; por exemplo, [...] o prazo previsto pela constituição não foi observado) (MÜLLER, 2013, p. 125-126).

Relembremos: na perspectiva da metódica estruturante, em que não há o dualismo kelseniano do ser e dever ser, a norma jurídica tem uma "noção composta" de ser e dever ser, de campo normativo e campo factual, de dados linguísticos e dados reais na concretização prática (MÜLLER, 2013, p. 235).

Desse modo, a norma jurídica é sempre criada num processo de concretização, metodologicamente orientado, a partir de um caso concreto, de sorte que "ela não preexiste já nos códigos" (MÜLLER, 2013, p. 235), ou seja, "a norma não é somente 'dever ser', mas um fenômeno composto de linguagem (textos de norma amplamente *concretizados* = *programa da norma*) e fatos (*filtrados* pelas diretrizes do programa da norma)" (MÜLLER, 2013, p. 244).

Assim, o problema não está propriamente na aplicação "direta ou indireta" da Constituição Federal e, em especial, da economicidade e da eficiência do gasto público, mas eventualmente no caminho percorrido pelos gestores e órgãos de controle para a construção da norma jurídica e da respectiva norma de decisão.

Evidentemente que a lei e demais atos normativos infralegais podem estabelecer e minuciar um procedimento para que seja levada a cabo esta análise do gasto público, elencando os possíveis critérios a serem considerados.

Em outro giro verbal: nada obsta a existência de mais textos normativos para outorgar maior densidade semântica aos conceitos de economicidade e eficiência, mas o *deficit* ou mesmo a inexistência dessa regulamentação não pode ter o condão

de inviabilizar o controle de resultado do gasto público sob o argumento de estar-se aplicando diretamente a Constituição Federal.

O sistema de controle da Administração Pública partiu de um controle da vontade na ação da Administração Pública para chegar ao controle de resultado da ação da Administração Pública, ou seja, “trata-se da derrubada da última barreira de injuridicidade na gestão dos interesses públicos e da consequente abertura à garimpagem do mais novo filão de controle de responsabilidade na ação político-administrativa de seus agentes” (MOREIRA NETO, 2006).

Desse modo, toda a atividade de controle que se concretizou no âmbito da Administração Pública fundou-se em um aspecto *preponderantemente formal*, analisando estaticamente os chamados “elementos” do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

Num segundo momento, passa-se a ter importância a eficiência da ação administrativa, ou seja, “que haja efetivamente produzido os resultados visados quando da escolha político-administrativa e, desse modo, cabalmente exaurida a finalidade do ato, contrato ou processo em que tal escolha foi decidida” (MOREIRA NETO, 2006).

Assim, “a evolução do controle também avança historicamente nessa linha: partindo dos instrumentos da ação – os atos e procedimentos da Administração Pública – para alcançar a substância da ação – os resultados efetivamente por ela alcançados” (MOREIRA NETO, 2006).

Essa passagem da tônica do controle formal para o controle substancial ou de resultado lembra-nos a passagem do positivismo exegético para o positivismo normativista de Kelsen e deste para as modernas correntes denominadas “pós-positivistas”, as quais aludem à insuficiência das regras e o reconhecimento normativo dos princípios, o que ocorreu a partir da segunda metade do século XX.

Outrossim, a insuficiência do controle formal e o advento das análises substancialistas vêm a reboque do chamado neoconstitucionalismo. O controle exclusivamente formal cumpriu seu papel no passado, num modelo de Administração burocrático, mas “o modelo burocrático torna-se obsoleto por seu caráter excessivamente formalista e rígido, hierarquizado e pouco comprometido com resultados” (RIBEIRO, 1997).

De acordo com SHEILA MARIA REIS RIBEIRO,

> [...] a filosofia de controle que deu suporte às organizações burocráticas mostra-se superada. O formalismo-legalista, a ênfase contábil e a prática policialesca que acabaram por limitar o controle à avaliação a *priori* de procedimentos – circunscritos no âmbito da própria burocracia – já não são suficientes para justificar perante a sociedade o bom ou mau uso dos recursos públicos. A sociedade exige responsabilidade dos dirigentes no exercício da função pública e clama por serviços públicos de qualidade. A sociedade quer resultados. (RIBEIRO, 1997.)

Evidentemente, o controle formal tem (e mantém) sua importância jurídica, agora *complementado* pelo controle de resultado, de sorte que este não entra no lugar daquele. Não há sucessão, mas complementação. No Direito Financeiro, aliás, esta concomitância do controle é exigência constitucional.

Com efeito, tanto a legalidade como a economicidade, ao lado da legitimidade, são os critérios previstos para a fiscalização financeira do Estado (CF-88, art. 70, *caput*). Nesse sentido é a acertada lição de ÉLIDA GRAZIANE PINTO quando aponta que:

> Se o único modo constitucionalmente adequado e legítimo de alocar os recursos públicos no Brasil passa pela natureza normativa das leis de PPA, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, a execução de tais leis não pode desbordar dos limites legais, nem frustrar aquela normatividade, impondo-lhe mero sentido retórico. (PINTO, 2014.)

Por isso defende-se a "necessidade de juridicizar os orçamentos e exigir máxima vinculação à legalidade regedora do ciclo orçamentário" (PINTO, 2014).

No geral, há no Brasil uma "baixa qualidade do gasto público" (PINTO, 2016), que, ao nosso sentir, pode ser mitigada pelo exercício republicano do controle de resultado da atividade financeira do Estado, permitindo a análise do gasto pelo viés da economicidade e da eficiência. Por este caminho, torna-se possível a construção constitucionalmente adequada da norma jurídica da despesa pública, de modo a (re)afirmar a necessária aderência que os orçamentos públicos devem ter à Constituição Federal e aos direitos fundamentais,[55] assim como a execução orçamentária às respectivas leis orçamentárias.

ÉLIDA GRAZIANE PINTO e FRANCISCO FUNCIA afirmam que

---

[55] Nesse sentido, defendendo a indispensável aderência das leis orçamentárias à Constituição Federal e, com a efetivação de direitos fundamentais, inclusive pela via da jurisdição constitucional: ÉLIDA GRAZIANE PINTO (2016) e FÁBIO KONDER COMPARATO & ÉLIDA GRAZIANE PINTO (2015).

> para melhorar a qualidade do gasto e evitar tanto a sobreposição de ações como os desperdícios, no contexto da restrição orçamentária e financeira, o país precisa levar a sério as balizas constitucionais relativas à gestão pública, aos direitos fundamentais e à responsabilidade fiscal. (PINTO & FUNCIA, 2016.)

Conforme observa FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, um bom sistema de controle é aquele que, não desprezando a obediência à legalidade, portanto, aos aspectos formais, consegue "aferir também os resultados das políticas públicas e das ações administrativas, verificando o quanto elas estão a reverter para a sociedade" (PINTO & FUNCIA, 2016). O controle de resultado não visa a suceder ao controle formal, mas tão somente complementá-lo.

Transpondo esta lição para o Direito Financeiro, podemos sustentar que um bom sistema de controle financeiro da atividade estatal é aquele que, além de ter legalidade e legitimidade, consegue aferir os resultados do gasto público, apontando o quanto eles (não) estão sendo revertidos em benefício *da sociedade* (CF-88, art. 70, *caput*).

Para isso, não há como escapar da averiguação da chamada qualidade do gasto público. A qualidade do gasto público é inimiga mortal da *rent-seeking*. Onde existe qualidade do gasto público não há espaço para *rent-seeking*.

JOSÉ MAURÍCIO CONTI assevera que

> aperfeiçoar a qualidade do gasto público é fazer mais com menos, ou seja, produzir mais benefícios públicos com menos recursos, o que exige [...] a modernização da gestão, aumento da participação popular nas decisões sobre o gasto público, maior transparência e controle. (CONTI, 2016, p. 136.)

Ainda de acordo com o autor, para se atingir a tão almejada qualidade do gasto público é indispensável "uma mudança de cultura na administração pública".

Na seara da educação, por exemplo, independentemente de se considerar esta despesa como gasto mínimo obrigatório (CONTI, 2014) ou vinculação constitucional (SCAFF, 2016, p. 130), "é preciso usar os recursos públicos adequadamente e obter *resultados socialmente satisfatórios*, cumprindo metas progressivas de qualidade da educação que *comprovem haver sido eficiente a despesa realizada*" (RAMALHO & PINTO, 2014, grifos nossos).

A necessidade de que o gasto público tenha um "resultado socialmente

satisfatório" – o que só se obtém quando verdadeiramente realizado o controle da economicidade e eficiência, nos termos do artigo 70 *caput* e artigo 75, III, da Constituição Federal – não se restringe, evidentemente, às despesas com educação, mas tem aplicabilidade em todo e qualquer gasto, ou seja, deve ser um dos componentes do consequente normativo da norma jurídica da despesa pública.

Estamos em total acordo com ÉLIDA GRAZIANE PINTO quando sustenta que "o esforço que se propõe a comunidade jurídica é o de reclamar a máxima eficácia dos direitos sociais por meio do controle da legalidade orçamentária e sua adequada execução, com vistas à integridade do ordenamento brasileiro". E acrescentamos: por meio do controle da economicidade do gasto público, posto que não se pode afirmar eficácia dos direitos sociais, ou de qualquer direito fundamental, sem que se proceda à avaliação do custo social-benefício social da aplicação do recurso público.

É importante observar que a necessidade de ser controlada a economicidade do gasto público não tem o condão de sobrepor a Economia ao Direito. Ambos domínios têm racionalidades distintas, autonomia na sociedade moderna funcionalmente diferenciada, de sorte que não há sobreposição de um sistema ao outro.

O Direito Financeiro deve alimentar-se dessas informações da Economia e processá-las internamente, preservando sua autonomia, mas, paradoxalmente, mantendo sua dependência com o ambiente.

Em tempos de crise fiscal, de proposta de emenda constitucional para limitar os gastos primários (PEC 241), torna-se fundamental exigir um efetivo controle de resultados da atividade financeira do Estado, especialmente do gasto público. Como bem salienta JOSÉ MAURÍCIO CONTI, enquanto as discussões concentram-se na busca do equilíbrio fiscal pela necessidade de aumentar receitas ou reduzir os gastos por meio de limitações, "esquece-se daquela que deve ser a *principal medida*, qual seja, *aumentar a eficiência do gasto, o que permite fazer mais com menos, evitando-se desperdícios, e permitindo que, sem aumentar a arrecadação, produzam-se melhores resultados para a população*".

Essa 'principal medida' a que alude o autor, evitando desperdícios com recursos públicos e fazendo com que o gasto público atenda ao binômio custo-benefício *social* (e não individual, daquele que se relaciona com o Estado) é propriamente o controle de resultado do gasto público, a fiscalização da atividade

financeira estatal à luz da economicidade e da eficiência e, ao que nos interessa, o olhar atento ao *rent-seeking*, impedindo a concretização da perda social e, consequentemente, da própria conduta *rent-seeking*.

Nessa linha, torna-se indispensável o planejamento, já que a aferição de resultados, positivos ou negativos, não prescinde de metas e submetas estabelecidas a partir de um planejamento substancial. Só tem cabimento falar em controle de resultado quando há planejamento. Só assim é possível que o controle, uma das fases do ciclo orçamentário, possa eficazmente retroalimentar o planejamento que desembocará, novamente, no controle, em um círculo virtuoso, permitindo que o controle faça a correção do planejamento em prol da progressiva universalização da decisão jurídico-administrativa.[56]

É necessária, pois, uma *visão prospectiva do gasto público*, afinal "qualquer órgão ou agente incumbido do controle (Tribunal, órgão administrativo ou Corte de Contas) deve sempre perquirir e avaliar as consequências da medida de controle antes de adotá-la" (MARQUES NETO, 2010).

Conforme aponta HELIO SAUL MILESKI,

> o princípio da economicidade advém de um princípio tipicamente técnico-econômico, envolvendo os custos relativos aos objetivos que se pretende alcançar. Genericamente significa realizar algo ao menor custo possível. No âmbito privado, normalmente, a economicidade está compreendida na relação custo-lucro. Na esfera pública, o sentido de economicidade altera-se profundamente, na medida em que o seu entendimento está na relação custo-benefício. Esta relação de custo-benefício é tema excessivamente técnico [...], sendo mais direcionado para estudos de análise econômica, tendo em conta uma contabilidade de custos, com vistas à apuração dos resultados obtidos pela ação administrativa [...]. (MILESKI, 2011, p. 293.)

Como dito, isso não significa, todavia, subjugar o Direito à Economia, mas tão somente permitir que o Direito receba informações de outros sistemas, inclusive (não apenas) da Economia, e proceda o processamento destas informações internamente de acordo com sua própria racionalidade.

A teoria dos sistemas sociais de LUHMANN nos ajuda, aqui, a perceber a inexistência de uma hierarquia da Economia sobre o Direito ou vice-versa. O relevantíssimo paradoxo luhmanniano da abertura no fechado, superando os esquemas da teoria geral dos sistemas abertos e inaugurando os sistemas

---

[56] Neste exato sentido, mas referindo-se ao controle judicial: ÉLIDA GRAZIANE PINTO (2014).

simultaneamente abertos e fechados, permite que o Direito possa manter sua autonomia operativa[57] produzindo ressonâncias (segurança jurídica) e, simultaneamente, produzindo eventuais variações, permitindo-se evoluir mudando suas estruturas em decorrência de sentidos construídos pelo próprio sistema do Direito mas a partir de estímulos advindos de seu ambiente (justiça). Em outras palavras: o Direito abre-se cognitivamente ao ambiente mas não ao ponto de comprometer seu fechamento operacional.

Essa abertura sistêmica, portanto, permite a reconstrução das informações dos outros sistemas pelo próprio sistema jurídico. É o Direito construindo seus próprios elementos, em seu específico processo autopoiético, a partir das informações ambientais, ou seja, processam-se no sistema informações ambientais mantendo a contínua diferença sistema-ambiente. Afinal, "los subsistemas funcionales, por tanto, están estructuralmente obligados a procesar información sobre sus entornos" (LUHMANN, 1998, p. 80).

Assim, do mesmo modo que não se fala em subordinação do Direito (sistema) à Economia (ambiente), não se defende a autossuficiência jurídica ou primazia jurídica no trato das questões sociais.

Há de se encontrar o equilíbrio entre o isolamento formal do Direito, no melhor estilo do positivismo normativista, e o "direito vivo" que não pretende prender a correnteza (a realidade social) numa lagoa (códigos) (EHRLICH, 2001, p. 110) ou aquele "achado nas ruas", em que a criação do Direito deriva do protagonismo de movimentos sociais a partir *da rua*, metáfora do espaço público, do lugar do protesto, da formação de novas sociabilidades (COSTA & SOUSA JÚNIOR, 2009, p. 18), enfim, do local, por excelência, "onde emergem as lutas sociais e o Direito" (ESCRIVÃO FILHO; CARNEIRO; MARTINS; GODOY; LIMA; MONTEIRO;

---

[57] Levantando aguda crítica à aplicação do conceito de autopoiese nos países de modernidade periférica, em especial da América Latina, MARCELO NEVES afirma que

> é instransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica latino-americana. As sobreposições particularistas dos códigos políticos e econômicos às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade de um sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito. Isto significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de 'boas relações' [...]. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (autorreferência) que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. (NEVES, 1995, p. 17-18.)

MESQUITA & THEODORO, 2015, p. 82).

É importante acentuar, de acordo com ROBERTO LYRA FILHO, criador da Nova Escola Jurídica Brasileira que deu azo em 1986 ao então projeto denominado “O Direito Achado na Rua”, que consolidava a Nova Escola como uma doutrina teórica e prática libertadora baseada no humanismo dialético, deve haver “uma filtragem nas normas costumeiras e legais”, haja vista que elas podem gerar tanto “produtos autênticos” como “produtos falsificados” (ARAÚJO, 1986, p. 312).

A economicidade, constitucionalmente exigida para a análise de qualquer gasto público, permite exatamente essa “ponte” entre Economia e Direito. Trata-se de uma verdadeira abertura cognitiva do Direito para que possa receber as informações de custo-benefício social que a Economia irá informar.

Da mesma forma, a questão da eficiência alarga os horizontes cognitivos do sistema jurídico, possibilitando que valiosas informações do ambiente sejam observadas e reformuladas internamente pelo Direito.

Cabe-nos chamar a atenção para dois aspectos atuais e desfecho deste tópico. O primeiro refere-se à recente Lei Federal n. 13.303, de 30 de junho de 2016, dispondo sobre o estatuto jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios. A referida lei aplica-se a qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, estados, Distrito Federal e municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que se trate de atividade econômica sujeita a monopólio da União ou prestação de serviços públicos (art. 1º).

O artigo 1º, § 7º estabelece que quando houver participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, elas devem adotar *práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes*. Dentre os documentos exemplificativos elencados na lei a serem fiscalizados mencionamos os seguintes:

a) relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado;
b) informe sobre a execução da política de transações com partes

relacionadas;

c) relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora;
d) avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio.

Este dever de adoção de práticas de governança e controle proporcional à relevância, materialidade (volume) e riscos do negócio contribuem muito para que sejam evitadas condutas de *rent-seeking* no interesse de sociedades empresariais que buscam a participação de empresas públicas e sociedades de economia mista.

O artigo 6º, por outro lado, determina que o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência, práticas de gestão de riscos e de controle interno.

Por fim, o artigo 9º determina que as práticas de gestão de risco e controle interno abranjam:

a) ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
b) área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de risco;
c) auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

O § 1º do artigo 9º complementa a exigência determinando a elaboração e a divulgação de um *Código de Conduta e Integridade*, dispondo, por exemplo, sobre princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude (inciso I).

Ao nosso sentir, a melhor interpretação a ser dada ao § 1º do artigo 9º quando se vale da expressão “atos de corrupção” é aquela que abrange não apenas o aspecto criminal (corrupção ativa e passiva), mas sobretudo a chamada “corrupção silenciosa”.

De acordo com JORGE ARBACHE (ARBACHE, 2016):

> A “corrupção silenciosa”, que consiste em desvios da conduta esperada, não envolve trocas monetárias e geralmente é pouco notada, mas pode ter

> efeitos deletérios significativos para indivíduos, famílias e até para toda uma nação. A forma convencional ou "ruidosa" de corrupção seria apenas a "ponta do *iceberg*", enquanto a corrupção silenciosa situa-se abaixo da superfície e trata de questões complementares às formas mais visíveis de corrupção.

ARBACHE faz a distinção entre a corrupção silenciosa e aquela prevista no Código Penal e afirma que:

> Primeiro, diferente da corrupção convencional, a silenciosa afeta direta e potencialmente muitas pessoas por meio, por exemplo, das interações entre provedores de saúde e pacientes; professores e alunos; policiais e suspeitos; fiscais de obras e construtoras; e fiscais de vigilância sanitária e restaurantes. Segundo, a corrupção silenciosa fomenta a noção de que práticas condenáveis dos prestadores de serviços são algo inevitável, alimentando desconfiança generalizada em relação às instituições públicas. Terceiro, a corrupção silenciosa afeta particularmente os grupos vulneráveis, como pobres, crianças, idosos e deficientes físicos, que são mais dependentes dos serviços públicos. Quarto, a corrupção silenciosa tem, muitas vezes, profundas consequências de longo prazo em nível individual e coletivo. E quinto, a corrupção silenciosa é um fenômeno universal, embora seja mais proeminente em países em desenvolvimento.

O autor ressalta que a corrupção silenciosa pode ser enfrentada, por exemplo, com o "aumento da disseminação de informações sobre orçamentos, projetos, indicadores de resultado e monitoramento pela sociedade civil [ações que] pode[m] melhorar a qualidade dos serviços públicos, reduzir desperdícios, absenteísmo e vazamento de recursos". E arremata afirmando que "embora o combate à corrupção ruidosa seja crítico, o enfrentamento à corrupção silenciosa é crucial para a promoção do crescimento sustentado, redução da pobreza e aumento da produtividade".

Percebe-se, facilmente, a estreita relação dos comportamentos *rent-seeking* com o conceito de corrupção silenciosa,[58] muito mais que aquela prevista na seara penal.

Como o artigo 9º, § 1º, inciso I não especifica, temos que seja perfeitamente admissível a compreensão da corrupção silenciosa no termo "atos de corrupção" e, com isto, selar de vez, agora explicitamente no âmbito infraconstitucional, a inadmissão jurídica da *rent-seeking*.

---

[58] Para um detalhamento sobre a corrupção silenciosa, ver estudo empírico do Banco Mundial especificamente voltado abordando a situação de países africanos: *Silent and lethal: how quiet corruption undermines Africa's development efforts* (THE WORLD BANK, 2010).

Por fim, dois outros dispositivos da Lei 13.303/2016 dizem de perto com o tema desta tese e merecem nossa atenção. O primeiro deles é o artigo 27, que determina que a empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de *realização do interesse coletivo* e que esta realização deverá ser orientada para o *alcance do bem-estar econômico* e para a *alocação socialmente eficiente dos recursos geridos* (§ 1º).

Essa exigência contida expressamente no § 1º do artigo 27, impondo a alocação *socialmente eficiente* dos recursos geridos, simplesmente sepulta, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de aceitação jurídica de comportamento *rent-seeking* que vise à obtenção, expansão ou manutenção de renda disponibilizada por empresas públicas ou sociedades de economia mista.

O outro dispositivo é o artigo 87, *caput*, que prescreve que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo tribunal de contas competente, ficando as empresas públicas ou sociedades de economia mista responsáveis pela demonstração da legalidade e da *regularidade da despesa e da execução*, nos termos da Constituição Federal.

Os órgãos de controle, interno e externo, poderão solicitar para exame, a qualquer tempo, documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, obrigando empresas públicas e sociedades de economia mista a adotarem eventuais medidas corretivas que lhes forem determinadas, por exemplo, para evitar possíveis perdas sociais que poderiam configurar a *rent-seeking* (art. 87, § 3º).

Portanto, sem maiores dificuldades, podemos concluir que a *rent-seeking* restou desblindada pelo Direito, ficando expressamente proscrita em nível infraconstitucional, pelo menos no âmbito das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sejam exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos.

Um outro aspecto que merece rápida observação é o Projeto de Lei da Qualidade Fiscal (PL 229/2009). No dia 21 de junho de 2016, o Senado aprovou um substitutivo ao Projeto de Lei do Senado 229/2009, de autoria do Senador Tasso Jereissati (PSDB-CE), batizado de “projeto da qualidade fiscal”. A proposta, que estabelece um novo modelo de elaboração de orçamentos públicos e normas gerais

para o controle dos gastos e da contabilidade pública, segue agora para análise da Câmara dos Deputados.

O objetivo do projeto de lei é atualizar o marco legal das finanças públicas – Lei 4.320/1964) – que há mais de 50 anos rege a elaboração orçamentária de todos os entes da federação e teve sua última atualização em 1982, bem como fortalecer a gestão fiscal responsável, alterando a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei 101/2000).

Pois bem. De acordo com artigo 4º do texto final aprovado pelo Senado, o processo de planejamento da Administração Pública será permanente e *orientado para resultados*, *com foco no desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável*.

Ora, se o planejamento será orientado para resultados e com foco no desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável, já podemos concluir pela falta de espaço para comportamentos *rent-seeking*.

O artigo 5º, por outro lado, traz informações preciosas para se impedir a prática de *rent-seeking*.

Pedimos vênia para sua transcrição:

> Art. 5º – Caberá ao Poder Executivo federal instituir metodologias, normas e procedimentos que orientem a pré-avaliação, a revisão independente, a seleção, a implementação, o ajuste, a operação e a avaliação das iniciativas e dos projetos de investimento que pleiteiem ou sejam financiados por recursos públicos federais.
> Parágrafo único. As metodologias, as normas e os procedimentos referidos no *caput*, a serem seguidos por todos os entes da Federação, terão como objetivo:
> I – melhorar a eficiência e a eficácia no uso dos recursos públicos, atribuindo-os a iniciativas que individualizem as necessidades e oportunidades de investimentos e gerem maior rentabilidade econômica e social, em conformidade com as diretrizes e os objetivos do plano plurianual; e
> II – ampliar a capacidade do Estado de prover bens e serviços públicos à população.

Percebe-se a preocupação em estabelecer metodologias, normas e procedimentos que possam efetivamente orientar a seleção, a implementação, a avaliação e a revisão das iniciativas e dos projetos de investimento que pleiteiem ou sejam financiados por recursos públicos federais.

O inciso I, do parágrafo único complementa a informação do *caput* esclarecendo que tais normas e procedimentos metodológicos terão o objetivo de

melhorar a eficiência e a eficácia no uso dos recursos públicos.

Ora, é justamente esta a “ferida” da *rent-seeking*: a ineficiência no uso do recurso público. Como vimos, na *rent-seeking* temos sempre a busca à renda disponibilizada pelo Estado que acaba gerando ineficiência, falta de economicidade da gestão pública que poderia despender menos ou o mesmo montante, mas obtendo resultados sociais positivos, mais produtividade, melhores opções ao consumidor, melhor qualidade do serviço entregue à sociedade, maior crescimento econômico.

Neste ponto, o Projeto de Lei da Qualidade Fiscal, portanto, pela redação do Senado, vai ao encontro do texto constitucional e aponta para a necessidade de observar a despesa pública para além de seu aspecto meramente formal, descortinando e vedando a *rent-seeking*.

3.4 DECISÕES DO TCU QUE PODERIAM TER AVANÇADO À ANÁLISE DA *RENT-SEEKING*

Na esteira do que foi exposto, vejamos três recentes decisões do TCU que, ao nosso sentir, poderiam perfeitamente ter avançado na análise jurídica sobre a *rent-seeking*, justamente porque enfrentam situações fáticas que são muito próximas à temática da *rent-seeking*, como a concessão de créditos subsidiados, as renúncias tributárias e a governança pública em âmbito nacional.

3.4.1 Benefício Tributário

O Congresso Nacional solicitou que o TCU realizasse fiscalização nas operações de crédito do BNDES em relação às empresas do Grupo JBS/Friboi, para averiguar os aspectos financeiros da operação, critérios utilizados na escolha das empresas do setor e vantagens sociais desta.

A temática dos empréstimos concedidos pelo BNDES a juros subsidiados configura precisamente o que em Direito Financeiro se denomina de *benefício creditício*,[59] que, como os benefícios fiscais (renúncias tributárias) mas ao contrário

[59] Nesta mesma linha podemos mencionar as ofertas de créditos especiais concedidas por bancos públicos (v.g. Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) ao setor automotivo, inclusive

dos benefícios financeiros (v.g. subvenções econômicas e sociais – arts. 16 e 18 da Lei n. 4.320/64), correm paralelamente ao orçamento público, compondo os chamados *off-budget expenditures* (CONTI, 2016, p. 230).

De acordo com JOSÉ MARIA DE ANDRADE (2016):

> Ao lado das renúncias tributárias (gastos tributários e previdenciários indiretos), os benefícios financeiros e creditícios são analisados como renúncias de receita (muito embora estejam mais próximos de gastos efetivos). Porém, ao contrário dos primeiros, que implicam em deixar de arrecadar valores tributários (em geral, por meio de isenções e regimes tributários específicos), os benefícios aqui estudados são gastos feitos, ainda que indiretamente, pelo governo com vistas a conceder créditos subsidiados, equalizar juros de créditos, preços subsidiados e assunção de dívidas de fundos. [...] Quando o governo concede créditos ou subsidia o fornecimento de produtos ou estabelece fundos com recursos subsidiados (ou até mesmo assume dívidas desses fundos), tem-se, em verdade, que o Estado, ao praticar esses valores inferiores aos de mercado (custos de oportunidade), acaba por assumir um gasto efetivo ou postergado, de forma que o beneficiário daqueles subsídios seja o tomador do crédito, o comprador dos produtos ou aqueles sujeitos que se valem desses fundos. [...] Podemos, assim, definir os benefícios creditícios como subsídios que decorrem de programas oficiais de crédito concedidos a taxas de juros inferiores ao custo de captação do governo e que são operacionalizados por meio de fundos ou programas. Em outros termos, como os créditos oferecidos a seus tomadores possuem uma remuneração de juros inferior aos juros que remuneram os títulos emitidos pelo governo, tornando-os mais acessíveis e atraentes, essa diferença é assumida pelo governo federal.

Como observa JOSÉ MAURÍCIO CONTI (CONTI, 2016, p. 231):

> Tendo em vista que o Tesouro Nacional não tem recursos disponíveis para emprestar para o BNDES, acaba emitindo títulos da dívida pública, com remuneração superior àquela pela qual o banco paga à União, gerando uma diferença entre o custo de captação dos recursos e a taxa de retorno, criando uma espécie de 'gasto atípico' denominado 'benefício ou subsídio creditício.

O Tribunal de Contas da União define os benefícios creditícios como sendo "os gastos decorrentes de programas oficiais de crédito que oferecem condições mais acessíveis para os tomadores de empréstimo que os recursos oferecidos no mercado financeiro (Acórdão 1.718/2005).

A ideia desses benefícios é (ou deveria ser) justamente estimular o crescimento econômico por meio de empréstimos subsidiados para investimentos

---

concessionárias de automóveis, para capital de giro e investimentos (VALOR ECONÔMICO, 2015).

dos setores ou atividades públicas e privadas, ou seja, “suprir falhas do mercado de crédito, em especial na oferta de crédito para projetos de longo prazo de maturação, tais como os de infraestrutura, que não despertam muito interesse do setor financeiro privado, em face dos riscos envolvidos e da demora no retorno do investimento”.

A atuação do BNDES na concessão de empréstimos subsidiados ganhou a atenção da mídia especialmente a partir da adoção, em 2007, da política de criação das chamadas “campeãs nacionais”, companhias selecionadas para se tornarem gigantes multinacionais. Referida política pode ter injetado uma cifra de quase R$ 20 bilhões em empresas privadas, como JBS, Marfrig, Fibria, Oi, LBR, Totvs e Linx, que receberam aportes do BNDES para se fundirem com concorrentes ou para realizar aquisições dentro da lógica de consolidar setores e construir líderes globais.

O benefício creditício concedido pelo BNDES no âmbito das “campeãs nacionais” gerou um efetivo e relevante gasto público que não apareceu diretamente no orçamento público, o que tornou essa despesa bastante intransparente e, provavelmente, muito suscetível a ações por parte de *rent-seekers* de setores ou atividades privadas que pudessem ser contempladas com tais benefícios. O caso merecia, portanto, um acompanhamento de perto acerca da avaliação dos benefícios ou perdas sociais ocasionadas por comportamentos rentistas.

O economista ARMANDO CASTELAR PINHEIRO (2013) certa vez afirmou no jornal Valor Econômico que

> o surgimento desses campeões nacionais foi claramente um sucesso para seus acionistas controladores. A Ambev, por exemplo, tornou-se a maior empresa brasileira em valor de mercado. Mas, e o consumidor e, em especial, o contribuinte brasileiro, que arca com os subsídios que bancam essas operações, o que eles ganharam com isso?

Como bem esclarece MARCOS MENDES,

> essa política implica custo para o Tesouro, pelo fato de que este empresta ao BNDES a uma taxa inferior ao seu custo de financiamento. De forma simplificada, tudo funciona como se uma pessoa (o Tesouro) tomasse dinheiro emprestado em um banco, pagando juros de 11% ao ano, e usasse esse dinheiro para emprestar a um amigo (o BNDES), cobrando dele juros de 5% ao ano. O custo dessa ação será justamente a diferença entre os juros pagos ao banco e os juros recebidos do amigo.

Para se ter uma ideia do custo dessas operações, vejamos a seguinte situação: em março de 2014 o saldo total devido pelo BNDES ao Tesouro era de R$ 414 bilhões, sendo que naquele mês houve uma renegociação de *parte* desta dívida (no caso, no valor de R$ 194 bilhões), representando 47% do total da dívida. Estimando o custo da parcela renegociada, é possível ter uma ideia do custo total da política.

Foi exatamente isso que fez MARCOS MENDES, apresentando alguns cenários de acordo com a trajetória futura da taxa de juros nominal do contrato (TJLP) e da taxa Selic, cuja diferença representa o custo de financiamento do Tesouro. O autor traçou cinco cenários que combinam diferentes hipóteses sobre a trajetória futura da taxa Selic (8%, 9%, 10%, 11% ou 12%). O gráfico mostra a estimativa de custos para o Tesouro para cada uma dessas taxas.

Conforme MENDES, "com uma taxa Selic na casa de 11%, o valor presente (em março de 2014) do fluxo de pagamentos que o Tesouro receberá do BNDES até o final do contrato equivaleria a R$ 65,1 bilhões. Dado que o Tesouro emprestou R$ 194,1 bilhões ao BNDES, o seu custo seria equivalente a R$ 129,1 bilhões (ou 47% do valor do empréstimo). O custo é muito alto: de cada R$ 1,00 emprestado pelo Tesouro, ele receberá de volta do BNDES R$ 0,33".

Quadro 1 – Estimativas do valor presente da dívida nos termos contratuais vigentes depois da renegociação (R$ bilhões)

Selic	TJLP	VP do contrato novo	Valor da dívida	Custo do TN
8%	6%	122,1	194,1	-72,1
9%	6%	98,0	194,1	-96,1
10%	6%	79,5	194,1	-114,7
11%	6%	65,1	194,1	-129,1
12%	6%	53,8	194,1	-140,4

Fonte: Valor Econômico/BNDES (2013). Estimativa do autor.

Veja-se que mesmo considerando um cenário no qual a Selic fique em 8%, o custo dos empréstimos para o Tesouro estaria na casa dos R$ 72 bilhões; isso tudo considerando que o cálculo levou em conta uma renegociação *parcial* do contrato.

O problema que chamamos a atenção com esta tese é bastante pontual e já percebido há algum tempo pelos economistas brasileiros:[60] até que ponto esses

[60] Em 2011, SÉRGIO G. LAZZARINI (2011, p. 112) pontuava:

> Mas qual é o custo dessas intervenções? Ao alocar discricionariamente capital

benefícios creditícios, *que devem ser observados como normas jurídicas de despesas públicas*, passariam no teste da constitucionalidade se for considerada toda a realidade fática que os circunda? Até que ponto estaria havendo retornos positivos à sociedade na concessão desses empréstimos subsidiados? Quais os custos à sociedade da ação de *rent-seekers* para a obtenção desses benefícios creditícios? Computam-se esses custos na avaliação da despesa? Será que o Direito Financeiro não teria nada a dizer sobre isso?

As indagações de SÉRGIO G. LAZZARINI (LAZZARINI, 2011, p. 114) são absolutamente pertinentes:

> Por que alocar capital em um grupo privado A em detrimento de um grupo B ou de outros possíveis empreendimentos? Vale a pena fazer essas alocações, dadas as inúmeras prioridades na economia brasileira? O que se ganha e o que se perde com tudo isso? É obrigação pública embasar esse tipo de decisão com muito mais objetividade e transparência.

A pergunta que LAZZARINI faz sobre o que se ganha e o que se perde com esses benefícios creditícios deve ser respondida pelo Direito, passando, necessariamente, pelo controle da *economicidade* (CF-88, art. 71, *caput*), que deveria orientar a composição de qualquer norma jurídica relacionada à atividade financeira do Estado.

Conforme PAULO SOARES BUGARIN (BUGARIN, 2004, p. 105),

> economicidade reflete uma opção estratégica do constituinte de 1988 pela racional fundamentação das decisões politicamente motivadas concernentes à alocação do conjunto escasso de recursos públicos à disposição dos agentes delegados da sociedade, na sua primordial missão de atender, da melhor maneira possível, aos legítimos e urgentes anseios individuais e coletivos presentes em nossa perversa realidade socioeconômica.

No caso das “campeãs nacionais”, temos os ingredientes necessários para uma concreta ação *rent-seeking*: elevadas rendas disponibilizadas pelo Estado, discricionariedade na concessão dos benefícios, falta de fundamentação exaustiva

---

> societário em diversas firmas, o governo deixa de direcionar recursos para projetos tão ou mais meritórios e com impacto social mais amplo (aeroportos, portos, estradas, ferrovias, rodovias, escolas, saneamento, energia, saúde, ciência e tecnologia, só para citar alguns exemplos). Além disso, a contrapartida direta da capitalização recebida pela empresa é a maior incerteza na sua gestão, que poderá ser influenciada politicamente de acordo com o gosto do governante em exercício.

para a decisão concessória, falta de transparência fiscal e, *last but not least*, completa ausência de controle da qualidade desse gasto,[61] levando-se em conta toda a realidade fática que subjaz a essas questões. Isto tornaria ainda mais urgente e necessária a aferição da economicidade dessas operações, bem como a eficiência e eficácia.

Juridicamente, podemos resumir tudo isso com uma ideia bem simples: a compreensão rasa e exegética da despesa pública por parte dos gestores públicos e órgãos de controle da atividade financeira do Estado.

Com efeito, considerando a despesa pública apenas um montante pecuniário fixado no orçamento público, fecham-se os olhos para toda a realidade envolvida em cada caso concreto. Criam-se muros entre a realidade e o Direito. São mantidos, de modo estanque, o mundo do ser e o dever ser e, para o que nos interessa, joga-se num ponto do cego do Direito Financeiro qualquer conduta *rent-seeking*.

O TCU tem voltado os olhos para estas operações, constatando *ausência de transparência*, especialmente dos "benefícios decorrentes das operações de crédito concedidas pela União ao BNDES a partir de 2008" (Acórdão 3.071/2012).

A transparência fiscal consubstancia-se em "um dos aspectos mais relevantes, verdadeiro fundamento e pilar da gestão fiscal responsável, hoje erigido à condição de princípio constitucional de Direito Financeiro" (CONTI, 2016, p. 229).

Em decisão de 28 de maio de 2014, o TCU (Acórdão 1398/2014) determinou que fosse realizada auditoria de conformidade, nos termos do artigo 38, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c artigo 239, inciso I, do Regimento Interno do TCU, junto ao BNDES e BNDES Participações S.A. (BNDESPar), com o objetivo de examinar, dentre outras coisas, os *critérios utilizados para a escolha da empresa beneficiada* e as *vantagens sociais advindas dessas operações*.

Na sequência, em decisão de 25 de novembro de 2015 (Acórdão 3.011/2015) o TCU apresentou os "achados de auditoria" e, dentre eles, o que consta no item 3.6 (análises, pela BNDESPar, dos apoios financeiros pleiteados pela JBS sem avaliação dos aspectos sociais envolvidos no projeto da postulante".

Conforme o Regulamento Geral das Operações (RGO) do BNDES, há

---

[61] MARCOS LISBOA e SÉRGIO LAZZARINI afirmam que "a falta de critério para acompanhar, avaliar e, eventualmente, cessar os subsídios incentivou a expectativa de suporte perene, independente do desempenho das empresas" (ÉPOCA, 2015).

determinação estabelecendo que o estudo do projeto objeto do pleito deve considerar, entre outros,

> os aspectos econômico-financeiros, de engenharia, jurídicos e de organização e gerência do postulante, bem como as informações cadastrais, as garantias propostas, os aspectos sociais e os relativos ao meio ambiente, além dos aspectos referentes à atenuação dos desequilíbrios regionais e ao desenvolvimento tecnológico do País. (BRASIL, 1996, art. 12; BRASIL, 2007, art. 13.)

De acordo com a conclusão da auditoria,

> as análises, pela BNDESPar, dos pleitos de apoio financeiro da JBS não observaram, todavia, integralmente o disposto nas supracitadas resoluções. Tais análises concentraram-se nos fatores econômico-financeiros e jurídicos da operação, também levaram em conta a organização e gerência da postulante, as informações cadastrais e os impactos ao meio ambiente, porém, não foram avaliados os aspectos sociais relacionados com os projetos objeto dos pleitos da JBS.

Além disso, concluiu a auditoria:

> Mesmo após configurar-se a conexão dos pleitos da JBS com as orientações estratégicas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e do Governo Federal, contidas na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), *os impactos sociais dos correspondentes projetos não foram previamente avaliados à luz das diretrizes previstas na mencionada política*. A PDP, que fora lançada em maio de 2008, englobava um conjunto de programas de ação para cumprir, até 2010, quatro macrometas, sendo uma delas o aumento da participação do Brasil nas exportações mundiais, no tocante às atividades econômicas em que o País tem reconhecida competitividade, mediante a realização de projetos de expansão física e internacionalização empresarial e de ampliação da liderança tecnológica nos seguintes sistemas produtivos: bioetanol, aeronáutico, siderurgia, complexo petróleo, gás e petroquímica, mineração, celulose e papel e carnes. *A PDP estabeleceu como objetivo básico, para o setor de carne do Brasil, expandir a liderança mundial desse setor, visando consolidar o País como o maior exportador mundial de proteína animal*, e definiu o Sistema BNDES como um dos seus principais instrumentos de execução dos programas vinculados ao alcance do referido objetivo. *Em relação ao setor de carnes, a PDP fixou o montante de US$ 14 bilhões em vendas para o exterior, como meta a ser alcançada em 2010, de modo a tornar tal setor o principal exportador do ramo de agronegócio no Brasil*. Com a PDP já em andamento, o Relatório de Análise Conjunto AMC/DEPAC 4/2009 e AI/DEAGRO 37/2009 (peças 130 a 132), referente ao pleito de apoio financeiro da JBS com vistas à aquisição da empresa Pilgrim's Pride Corporation, sediada nos Estados Unidos, apesar de destacar a aderência do projeto às diretrizes da PDP como um dos principais motivadores da participação da BNDESPar na operação, não examinou, contudo, os reflexos da referida aquisição nas vendas de carnes do País ao exterior, com vistas ao alcance da supracitada meta. As aquisições, pela BNDESPar, de participação acionária na JBS S.A. visaram proporcionar suporte financeiro à companhia para, entre outros objetivos,

> possibilitar a implementação da estratégia de internacionalização de seus negócios no mercado de carnes do mundo, mediante a aquisições de outras empresas do setor, principalmente nos Estados Unidos. Com base nessa estratégia, a JBS transformou-se em uma empresa global, líder mundial do mercado de processamento de proteína animal, tornando-se, no exercício de 2014, a maior empresa privada brasileira em faturamento, com um volume de vendas consolidadas superior a R$ 120 bilhões, conforme assinalado no Relatório da Administração da companhia relativo ao citado exercício. Em consonância com os objetivos que haviam sido definidos pela PDP para o setor de carnes, a BNDESPar também concedeu apoio financeiro similar a outras grandes empresas do ramo (Marfrig Global Foods S.A., Bertin S.A., BRF Foods S.A. e Independência S.A.), por meio de aquisição de participação acionária [...]. Esses apoios financeiros do BNDESPar não resultaram, contudo, em aumento no volume de exportações de carne bovina brasileira, tanto para os Estados Unidos quanto para o mercado mundial. Além disso, a meta do valor de vendas para o setor de carne como um todo, fixada pela PDP em US$ 14 bilhões para o ano de 2014, também não foi alcançada. [...] O apoio financeiro da BNDESPar teve, portanto, papel relevante para o sucesso do processo de internacionalização da JBS e de conquista de liderança mundial no seu ramo de negócio. Contudo, tal apoio, que também foi concedido a outras grandes empresas congêneres, não resultou em incremento nos volumes de exportação de carne bovina brasileira.

A auditoria afirmou que

> o BNDES não poderia, portanto, ter concedido apoio financeiro à JBS no montante verificado (R$ 8.110,4 milhões), a custo zero para o beneficiário, e assumindo os riscos inerentes ao mercado de ações, para alavancar o crescimento de uma empresa privada, sem que houvesse qualquer impacto social decorrente dos projetos apoiados.

Assim, a proposta de encaminhamento, constante no item 3.6.7 do Acórdão, foi taxativa: “Autuar três processos apartados, um para cada projeto de investimento objeto do presente achado, nos quais sejam tratados este e os demais achados pertinentes a cada um dos projetos, *para apuração das responsabilidades individuais*” (Grifos nossos).

Como se vê, neste importante e recente Acórdão o TCU não entrou propriamente na questão da existência ou não de perda social decorrente dos empréstimos subsidiados pelo BNDES, muito menos sua quantificação. Pode ser que esta questão venha a ser tematizada nos processos que foram instaurados para apuração das responsabilidades individuais, até mesmo porque ficará por demais difícil falar em responsabilidades individuais sem que fique bem-delimitado e mensurado o eventual dano que, no caso, seriam as perdas sociais sofridas ou a serem sofridas pela sociedade em geral.

Em outras palavras, a análise sobre possível ocorrência de conduta *rent-*

seeking permaneceu à margem do Direito Financeiro. Caso seja concretamente constatada perda social, estaremos diante de um claro exemplo de *rent-seeking*: obtenção de uma renda disponibilizada pela intervenção estatal (apoio financeiro milionário do BNDES) ocasionando perdas sociais, o que deve merecer toda a atenção jurídica, especialmente dos órgãos de controle.

3.4.2 Benefício Creditício

Por meio de uma decisão do Plenário do TCU (Acórdão 1.738/2012), foi autorizada a realização de um Levantamento de Auditoria com o objetivo de *conhecer e avaliar a estrutura de governança das renúncias tributárias federais*, envolvendo 11 ministérios setoriais, gestores das principais políticas públicas financiadas por renúncias tributárias e os órgãos centrais do Poder Executivo Federal (Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento, Controladoria-Geral da União e Casa Civil da Presidência da República).

A equipe de fiscalização do TCU elaborou um extenso relatório a partir de um estudo sobre as renúncias tributárias constantes do Demonstrativo de Gastos Tributários (DGT) produzido pela Receita Federal no ano de 2013. Esse Demonstrativo é encaminhado para o Congresso Nacional, anualmente, junto com o projeto de LOA, em cumprimento ao artigo 165, § 6º da Constituição Federal, garantindo um mínimo de visibilidade aos benefícios tributários.

Abrimos um pequeno parêntese aqui. Um dos aspectos que nos chama a atenção para os fins desta tese é justamente a metodologia adotada pela Receita Federal para a medição dos gastos tributários. De acordo com o Demonstrativo de Gastos Tributários que acompanha o projeto de Lei Orçamentária para 2017, a Receita Federal do Brasil utiliza o método de “perda de arrecadação”, que

> simula uma tributação normal sobre o volume das operações desoneradas que efetivamente ocorreram, ou que se esperam para o futuro, mantendo os demais fatores constantes. Por definição, não leva em consideração as alterações de comportamento dos contribuintes. (BRASIL, 2016.)

Para nós, esta é a comprovação de que em relação aos chamados gastos tributários (*tax expenditure*), que seguem a mesma “lógica orçamentária associada, com finalidades similares às do gasto direto, previsto no orçamento”

(EVANGELISTA; DAROS; ALBERNAZ & PAULA, 2011, p. 47), permanece a despesa pública como sinônimo de “montante pecuniário”. É preciso dar um salto para além desta observação rasa e considerar a despesa pública como norma jurídica que deve dar azo à respectiva norma decisão da despesa pública. Para isso, o controle de resultado, incluindo a eficiência e a economicidade, de todas as políticas públicas e programas de governo financiados por estas renúncias tributárias afigura-se-nos indispensável e inadiável. Só assim poderia ser encurtada a distância entre a realidade (ser) e o Direito (dever ser).

Considerar uma metodologia que apure a renúncia tributária tão somente como “perda de arrecadação” é simplesmente deixar na invisibilidade eventuais comportamentos *rent-seeking* que buscam exatamente esses benefícios fiscais. Fechemos o parêntese.

AMAURY JOSÉ REZENDE (2015), professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo de Ribeirão Preto, analisou o balanço e notas explicativas de 653 empresas ativas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) entre 2011 e 2013 e constatou que 38% das empresas avaliadas teve acesso a algum benefício tributário, dentre os 88 tipos identificados pelo autor, na esfera municipal, estadual ou federal.

O autor constatou que boa parte desses benefícios fiscais estão concentrados no governo federal e que 75% dos Estados concedem algum tipo de incentivo com base no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Além disso, foi observado que as empresas que têm mais benefícios recorrem menos ao mercado de capitais, mas distribuem mais lucros para os acionistas.

O estudo revelou, ainda, que há, na prática, uma espécie de “combo”, de modo que a empresa que vai ao BNDES pedir empréstimo no geral já tem incentivo de ICMS e/ou de Imposto de Renda. Com efeito, 16,4% das empresas analisadas tiveram acesso ao “combo” (financiamento a juros subsidiados, benefício fiscal e parcelamento tributário).

Portanto, há claramente um financiamento de empresas privadas através de recursos públicos, via renúncias tributárias. Nada de errado nisto, não fosse o absoluto desleixo estatal em realizar um controle de eficiência e de resultados desses financiamentos, mantendo aqueles que efetivamente geram retornos positivos à sociedade e excluindo aqueles que servem apenas para aumentar os

lucros dos acionistas. Isto ficou claramente diagnosticado no Acórdão do TCU que ora se examina.

O levantamento do TCU se propôs a averiguar a capacidade de gestão, as regras de governança e transparência relativas às renúncias tributárias, com o objetivo de melhorar o direcionamento dos trabalhos futuros de fiscalização. Vê-se, portanto, que o Acórdão do TCU que examinou este levantamento é um verdadeiro marco no assunto, o que justifica a escolha para nosso tema.

Frise-se que, a despeito de se tratar de uma despesa extraorçamentária, portanto, que *não corre via orçamento pú*blico, mas por meio do sistema tributário pela vertente da receita pública (TORRES, 2005, p. 194), as renúncias tributárias (como as financeiras e creditícias) “se comportam dentro de uma lógica similar à do gasto direto, sobretudo, no sentido de financiarem políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento regional, setorial e social”.

Assim, a análise da governança dos gastos tributários salta aos olhos quando o assunto é *rent-seeking*. Isso porque tais renúncias podem induzir comportamentos na economia, tem repercussão direta no orçamento público, por financiar políticas públicas e programas de governos, seja pela *relevantíssima* materialidade (volume) que tais gastos movimentam, superando, conjuntamente, diversos e importantes orçamentos públicos.

De acordo com o Demonstrativo de Gastos Tributários que acompanha o PLOA 2017, o volume de gastos tributários federais para 2017 (R$ 284,85 bilhões) (BRASIL, 2016) supera, em conjunto, os orçamentos da saúde (R$ 107,3 bilhões), educação (R$ 110,7 bilhões), saneamento básico (R$ 1,4 bilhão), segurança pública (R$ 8 bilhões), judiciário (R$ 34,5 bilhões), essencial à justiça (R$ 7,4 bilhões), comunicações (R$ 1,4 bilhões), ciência e tecnologia (R$ 8,3 bilhões), urbanismo (R$ 2,9 bilhões) (BRASIL, 2016b).

Assim, engorda os olhos de qualquer *rent-seeker* a previsão de gastos tributários no Brasil, mostrando que pode ser um próspero caminho empregar talentos, tempo, recursos financeiros, contatos políticos, amizades na obtenção de algum naco desses gastos tributários, em detrimento da produção de novas riquezas e do desenvolvimento econômico-social.

Aliás, o chamado *off-budget expenditure*, dentre eles os benefícios tributários, é exatamente um dos aspectos que fez ALLEN SCHICK afirmar, em estudo

apresentado no ano de 1981 em encontro promovido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que “the budget no longer controls: force majeure rules public finance. [...] Rather than the budget controlling expenditures, spending controls the budget” (SCHINK, 2007, p. 2-3). Talvez esteja certo o autor, mas, quiçá, não seja propriamente o caso fortuito que esteja regulando as finanças públicas, a menos que possamos incluir nesta expressão, também, os comportamentos *rent-seeking*.

De todo modo, o que o autor quer chamar a atenção é para a necessidade de se controlar essas volumosas despesas que correm por fora do orçamento público.

Pois bem. Foram objeto de estudo as seguintes etapas:

a) instituição de renúncias tributárias;
b) previsão de renúncias tributárias;
c) monitoramento da concessão e da execução de renúncias tributárias;
d) avaliação e controle de renúncias tributárias.

Em relação ao *processo de instituição de renúncias tributárias*, destacamos a conclusão dos seguintes subtópicos: a.1) órgãos envolvidos e atribuições; a.2) planejamento prévio à instituição de renúncias tributárias; a.3) renúncias tributárias em vigor.

Em relação aos órgãos envolvidos e respectivas atribuições, o Levantamento de Auditoria concluiu que

> o processo de instituição de renúncias tributárias no âmbito do Poder Executivo não está disciplinado formalmente, o que acarreta ausência de transparência sobre os órgãos participantes e de suas respectivas responsabilidades. Por consequência, a gestão e o controle desses recursos seguem prejudicados.

A fiscalização sugeriu que

> apesar do forte componente político existente nesse processo, o Poder Executivo pode regulamentá-lo na parte que lhe cabe, estabelecendo em linhas gerais quais órgãos devem participar, ou devem ser consultados, durante a elaboração de propostas de criação de renúncias tributárias.

Quanto ao aspecto relativo ao planejamento prévio à instituição de renúncias tributárias, a conclusão foi que

> não há um procedimento-padrão relativo ao planejamento da criação de renúncias tributárias, pois pode envolver os ministérios setoriais ou os órgãos da área econômica, conforme a tônica da desoneração (como meio de financiamento de uma política pública ou como parte da política econômica).

Em relação às renúncias tributárias em vigor, foram investigados os seguintes itens: exigência de contrapartidas do beneficiário, fundamento legal e prazo de vigência.

Após estudo do DGT, a equipe de fiscalização do TCU percebeu que há basicamente três grupos de gastos tributários no que diz respeito à existência de condicionalidades:

a) gastos tributários que envolvem alguma contraprestação por parte do beneficiário como condição para usufruto do benefício;
b) gastos tributários em que não há essa exigência, mas demandam apenas o preenchimento de certos requisitos (v.g. gasto tributário "Simples Nacional" (apoio às microempresas e empresas de pequeno porte), cujo usufruto depende de formalização de opção pela empresa que atende aos requisitos legais junto aos fiscos federal, estadual e municipal);
c) gastos tributários que não envolvem nenhuma condição ou requisito para que o contribuinte usufrua do benefício (v.g. alteração de alíquotas das contribuições PIS/Pasep e Cofins incidentes sobre cadeira de rodas).

De acordo com o levantamento, na maioria dos casos, a legislação atribuiu responsabilidades a algum órgão relativas à gestão das políticas financiadas com base nesses gastos tributários, denominado no relatório de "órgão gestor da renúncia".

Em geral, o órgão gestor deve realizar alguma atividade *prévia* para a concessão do benefício tributário (v.g. analisar e aprovar projetos). No entanto, de acordo com a fiscalização, identificou-se situação em que a atuação do órgão gestor ocorre em momento posterior, na análise da prestação de contas da utilização dos recursos pelo contribuinte beneficiário, como o gasto tributário "pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica de produtos" (Lei 11.196/2005), sob gestão do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

Em se tratando de renúncia tributária que envolve alguma contraprestação por parte do beneficiário, o levantamento identificou gasto tributário que *não possui órgão gestor*, apesar de a legislação exigir tal contraprestação, como ocorre com o item “Despesas com pesquisas científicas e tecnológicas”, cujo artigo 53 da Lei 4.506/1964 exige em contrapartida que o contribuinte *crie ou aperfeiçoe produtos, processos, fórmulas e técnicas de produção, administração ou venda*.

No entanto, aponta o estudo, o benefício de isenção de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) é calculado *pela própria empresa*, que é obrigada a guardar a documentação para apresentá-la ao Fisco em caso de eventual fiscalização, ou seja, apenas no âmbito de fiscalizações tributárias haverá (ou não) algum controle sobre esse mecanismo, já que não há órgão gestor indicado na lei instituidora, no qual o próprio contribuinte, nos chamados “autolançamentos” (lançamentos por homologação) faz a eventual apuração do tributo, procedendo aos abatimentos que entende devidos, isto é, o processamento dessas renúncias ocorre no momento da apuração do imposto por parte do próprio contribuinte.

Um dos achados da fiscalização foi justamente o fato de a maioria dos gastos tributários sem órgão gestor possuir prazo de vigência *indeterminado*, sendo que alguns são muito antigos, como o gasto tributário “Seguro Rural” (isenção de Imposto sobre Operações de Crédito – IOF), que foi instituído pelo Decreto-Lei 73/1966 ou o “Entidades sem fins lucrativos – associações de poupança e empréstimo” (isenção de IRPJ), que foi criado pelo Decreto-Lei 70/1966.

Aqui, portanto, calha à fiveleta a denominação de *geológica* dada ao orçamento público federal por DELFIM NETTO. O autor certa vez afirmou que

> a condição suficiente para um programa estar no Orçamento de 2015 é que tenha estado no Orçamento de 2014 e, para ter estado no de 2014, é porque já estava no de 2013... E assim, por uma indução regressiva, qualquer programa, seguramente sem qualquer avaliação de sua eficácia, terá permanecido, desde que [haja] “sorte”. (NETO, 2015.)

Infelizmente, este mesmo raciocínio, pelo estudo realizado pelo TCU, tem aplicação para determinadas renúncias tributárias. Conforme consta do relatório do TCU,

> a previsão de renúncia relativa aos benefícios tributários em comento (gastos tributários sem órgão gestor), como consta no PLOA 2013, totalizou cerca de R$ 80,4 bilhões. Dessa forma, importa mapear e avaliar a

> pertinência dessas renúncias tributárias, já que se trata de tratamento benéfico a determinados contribuintes em detrimento dos demais e, por isso, devem se justificar com base no interesse público. Além disso, recorda-se a antiguidade de muitos desses benefícios, o que reforça a necessidade de se realizar uma avaliação dos resultados obtidos por meio deles.

Trata-se de um indicativo evidente da necessidade de se realizar um controle de resultados, de economicidade, de eficiência sobre a renúncia tributária, especialmente aquela “sem órgão gestor”, que cria raízes no sistema tributário e muitas vezes deságua seus dissabores sociais veladamente no orçamento público.

O relatório do TCU deixa claro que

> nem sempre o fato de existir uma indicação de órgão gestor do gasto tributário na norma instituidora implica necessariamente em gestão desses recursos, pois há casos em que a referida norma não estabeleceu procedimentos ou atividades específicas a serem desempenhadas pelo órgão gestor e/ou a própria sistemática do benefício dispensa procedimentos administrativos para sua concessão ou acompanhamento.

Assim, propôs-se recomendar à Casa Civil da Presidência da República que, em conjunto com os ministérios da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, elabore plano de providências, no sentido de *criar mecanismos de acompanhamento e avaliação dos benefícios tributários sem órgão gestor identificado na legislação instituidora, com o fim de verificar se tais benefícios alcançam os fins aos quais se propõem e a pertinência de atribuir a algum órgão a supervisão desses gastos tributários*, em atenção ao princípio da eficiência insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

Em relação ao fundamento legal, o estudo verificou que há instituição de renúncias tributárias em instrumentos diversos da lei e que também não tratam de forma exclusiva da matéria, em afronta ao § 6º, artigo 150 da Constituição Federal. O exemplo mencionado é a renúncia tributária “Programa Cinema Perto de Você”, que foi instituída pela Medida Provisória 491/2010, substituída pela Medida Provisória 545/2011, que foi convertida na Lei 12.599/2012. Entendeu-se por bem recomendar à Casa Civil que, quando da análise de proposições normativas que contenham renúncias de receitas tributárias, observe o instrumento adequado para esse fim, qual seja: lei específica que trate exclusivamente da matéria ou do correspondente tributo.

No que tange à periodicidade ou prazo de vigência das renúncias tributárias, o estudo concluiu que elas, em geral, não são revistas com periodicidade, não havendo obrigação legal para tal, em que pese frequentemente terem características similares às das despesas públicas.

Veja-se que, na linha do orçamento geológico atrás mencionado, o estudo afirma que

> uma vez instituídos, dificilmente os benefícios tributários são reavaliados ou excluídos. Prova disso é a antiguidade de muitos gastos tributários que estão no DGT, como, por exemplo, o 'Zona Franca de Manaus e Amazônia Ocidental', o 'Desenvolvimento Regional na Sudene' e o 'Planos de Poupança e Investimento (PAIT)', criados, respectivamente, pelos Decretos-Lei 288/1967, 756/1969 e 2292/1986.

O estudo constatou que, dos gastos tributários que possuem órgão gestor associado, apenas 52% têm prazo de vigência definido em lei, sendo que dos gastos tributários sem órgão gestor, somente 23% possuem prazo de vigência. Assim, asseverou que

> deve-se alertar para a necessidade de se rever os benefícios tributários periodicamente, em atenção ao princípio orçamentário da anualidade e em benefício do processo democrático, que requer a participação do Parlamento nas decisões que impliquem alterações de receitas ou de despesas públicas.

Quanto ao tópico "sistemática de previsão das renúncias tributárias", o estudo concluiu que

> com o fim de conferir transparência à metodologia de cálculo das previsões de renúncias tributárias constantes do DGT, propõe-se recomendar à Secretaria da Receita Federal do Brasil que divulgue em seu sítio na *internet* os cadernos metodológicos que explicitam a forma de cálculo de cada item daquele demonstrativo e, também, os pressupostos utilizados para enquadramento da desoneração como gasto tributário.

Em relação ao tópico "monitoramento da concessão e execução das renúncias tributárias", destacamos os seguintes subtópicos: c.1) acompanhamento das políticas de renúncias pelos órgãos centrais; c.2) previsão no planejamento estratégico e no organograma do órgão; c.3) gerenciamento de risco.

Quanto ao primeiro subtópico, o estudo concluiu que "não há trabalhos específicos de acompanhamento das políticas de renúncias tributárias por parte dos

órgãos centrais. Essa constatação se refere a todos os gastos tributários, independentemente de haver ou não órgão gestor indicado em norma".

Além disso,

> especificamente com relação às renúncias sem órgão gestor, ressalta-se que esses mecanismos estão estruturados de forma que o processo de controle ocorre apenas do ponto de vista do tributo, fora de uma política pública. Em outros termos, o controle ocorre apenas quando a RFB realiza alguma fiscalização nas empresas/contribuintes beneficiários. Assim, não há atividades de acompanhamento.

Trata-se de uma conclusão absolutamente importante e que, reforçando a metodologia estática e exclusivamente quantitativa adotada pela Receita Federal (perda da arrecadação) para a mensuração das renúncias tributárias, mostra que a Administração Pública, por ausência completa de controle da economicidade/eficiência sobre a renúncia tributária, *escanteia toda a realidade subjacente ao referido gasto*, tornando-se um campo aberto a possíveis condutas socialmente predatórias, dentre elas a *rent-seeking*.

Reforçando a ausência de transparência e escanteamento do princípio republicano, quanto ao subtópico previsão no planejamento estratégico e no organograma do órgão, foi concluído que "a renúncia tributária não está contemplada na maioria dos planejamentos estratégicos dos ministérios e das unidades vinculadas".

Em relação ao gerenciamento de riscos da renúncia tributária, o Levantamento de Auditoria constatou que

> a maioria dos ministérios gestores de políticas públicas baseadas em renúncias tributárias não realiza qualquer tratamento dos riscos referentes à gestão dessas políticas. E quanto àqueles que realizam, percebe-se que há carência de um diagnóstico que identifique com melhor precisão os riscos a que estão sujeitas as operações a elas relacionadas.

No último tópico (processo de avaliação e controle das renúncias tributárias), selecionamos os seguintes subtópicos apresentados pelo estudo: d.1) mecanismos de controle utilizados pelos órgãos gestores, inclusive análise de processos de prestação de contas; d.2) avaliação de resultados pelos órgãos centrais; d.3) avaliação de resultados pelos órgãos gestores; d.4) renúncias tributárias nas prestações de contas dos gestores.

Quanto ao primeiro subtópico, o Levantamento concluiu que “ainda que não haja dispositivo em norma estipulando mecanismos de controle sob essas políticas, toda gestão de recurso público deve envolver atividades de controle e prestação de contas, nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição”.

Restou pontuado que “para o grupo de benefícios tributários condicionados, seria mais apropriado que o próprio órgão gestor disciplinasse os procedimentos de gestão e controle, de maneira que tais regras se adequem à realidade daquele benefício fiscal”.

No que tange à avaliação de resultados pelos órgãos centrais (Ministério do Planejamento, Ministério da Fazenda e Casa Civil/PR), a conclusão foi que “os órgãos centrais não efetuam avaliações sistemáticas e individualizadas das políticas públicas embasadas em renúncias tributárias, nem mesmo daquelas que possuem objetivos econômicos”.

O estudo do TCU ressaltou que “toda ação governamental deve estar sujeita a avaliações, ainda que incipientes a princípio, pois tal procedimento confere transparência aos gastos públicos e, também, permite a retroalimentação do ciclo da política pública”, bem como que “a dificuldade de se realizar análises de resultados não justifica a ausência de, ao menos, tentativas de fazê-lo”.

Desta forma, sugeriu o Levantamento:

> Impende instituir mecanismos de avaliação das ações governamentais realizadas com base em renúncias tributárias com o fim de estimar em que medida tais políticas estão atingindo o objetivo a que se destinam e se os resultados obtidos justificam a permanência de tais políticas.

Com efeito, a inexistência de mecanismos de avaliação das políticas públicas financiadas por renúncias tributárias simplesmente aniquila qualquer possibilidade de perquirir se determinado comportamento rentista se afigura ou não como *rent-seeking*. Resta inviabilizada, aqui, a mínima chance de se traçar uma linha divisória entre *profit-seeking* e *rent-seeking*.

No subtópico da avaliação de resultados pelos órgãos gestores, a conclusão não foi diferente. Foi observado que “poucos órgãos efetuam algum tipo de avaliação de resultado dessas políticas. Na verdade, a maioria das políticas não possui os requisitos mínimos de um desenho de política pública, tais como objetivos, indicadores e metas”. O estudou reforçou que “deve-se fomentar uma cultura de

avaliação da gestão desses recursos, estimulando especialmente análises dos resultados obtidos por meio dos programas financiados por renúncias tributárias".

Aliás, a inexistência deste controle de resultado por parte dos gestores de determinadas renúncias tributárias (ou, na melhor das hipóteses, a rudimentaridade com que tem sido realizado) tem como gravíssima consequência a impossibilidade de se analisar, com seriedade e sem subjetividades assujeitadoras, a manutenção ou extinção do gasto tributário, colocando *toda sociedade* e seus diversos grupos de vulneráveis reféns desta injustificável omissão do controle interno desses órgãos gestores, aliada à inércia do controle externo, especialmente em nível estadual.

Esta constatação, ao que interessa para a presente tese, simplesmente atesta a *inviabilidade de se diagnosticar condutas rent-seeking no Brasil no âmbito dos gastos tributários*, pois sem uma mensuração dos resultados das políticas públicas e dos programas de governos financiados pelas renúncias não se pode afirmar, minimamente, a (in)existência de perdas sociais e, como vimos, não há de falar em *rent-seeking* sem que haja perda social, o que deve ficar suficientemente demonstrado.

Por fim, analisando as renúncias tributárias nas prestações de contas dos gestores os técnicos da Corte de Contas da União constataram que "os órgãos gestores fornecem apenas parcialmente as informações solicitadas sobre renúncias tributárias nos relatórios de gestão".

Além disso, foi diagnosticado que "há órgãos que são responsáveis por alguma renúncia tributária, porém não têm o devido conhecimento sobre isso e, por consequência, acabam por não preencher as informações solicitadas nos relatórios de gestão anuais".

O trabalho realizado pelo TCU, que arrima o Acórdão n. 1.205/2014, dá uma visão geral sobre as renúncias tributárias federais e consiste em uma referência sobre o tema, portanto, um diagnóstico bastante confiável sobre a "governança" das renúncias tributárias.[62]

---

[62] De acordo com informação do jornal Folha de S. Paulo, "estão sob avaliação cerca de 300 incentivos fiscais em vigor atualmente que, caso sejam cancelados ou modificados, podem gerar cerca de R$ 15 bilhões para os cofres públicos a partir de 2017, segundo estimativas iniciais". Ainda de acordo com a notícia, "um levantamento do TCU mostrou que existem programas de estímulo à indústria que consumirão R$ 52 bilhões até o fim deste ano e estão sendo mantidos sem garantia de que as contrapartidas sejam cumpridas. (WIZIACK & CRUZ, 2016.)

Saliente-se que, na sequência desta decisão do TCU, no ano de 2016 houve o Acórdão 793/2016TCU-Plenário, em monitoramento do Acórdão 1.205/2014, ocasião em que o Tribunal recomendou às Presidências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que orientem os órgãos de assessoramento legislativo que atuam junto às comissões competentes, quando da análise de propostas que concedem ou ampliam renúncias de receitas tributárias, sobre a *necessidade de que seja verificado o cumprimento dos requisitos exigidos no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal*, ou seja, se as propostas contêm: estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que devam iniciar sua vigência e nos dois seguintes; demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio LDO, ou alternativamente, indicação da adoção de uma das medidas de compensação constantes do inciso II do artigo 14 da LRF.

Enfim, é premente a necessidade de se aprimorar o sistema de controle da atividade financeira do Estado, tanto interno como externo, para que haja um verdadeiro controle de resultado do gasto público, incluindo necessariamente os aspectos explicitados na Constituição Federal (economicidade e eficiência). Sem esta abordagem, não há que se falar em adequada construção da norma jurídica da despesa pública e, consequentemente, na norma de decisão acerca do gasto público.

Nos rincões sul-mato-grossenses, ao se ter conhecimento do conteúdo do Levantamento de Auditoria ora examinado, certamente poderiam ser ouvidas manifestações dizendo que as “porteiras das renúncias tributárias estão abertas”. Sim, as porteiras estão verdadeiramente escancaradas para qualquer *rent-seeker* de plantão, para obter benefícios fiscais sem limites temporais, sem qualquer controle de resultado, sem aferição de eventuais benefícios sociais decorrentes das políticas públicas financiadas por tais gastos e, muitas vezes, sequer sem a lei formal para criar o benefício, ou seja, bastando muitas vezes direcionar a conduta *rent-seeking* ao Presidente da República para que se “plante a jabuticaba” da renúncia de receita tributária em alguma medida provisória.[63]

---

[63] Por exemplo, o estudo constatou que a renúncia tributária “Programa Cinema Perto de Você” foi instituída pela Medida Provisória 491/2010, substituída pela Medida Provisória 545/2011, que foi convertida na Lei 12.599/2012.

Ao fim e ao cabo, fica a certeza de que a sociedade é que, novamente, está pagando esta enorme conta através do orçamento público brasileiro, sem saber se qualquer benefício lhe foi revertido em decorrência da vantagem concedida para o grupo contemplado pela renúncia tributária. No limite, é uma evidente agressão ao princípio da isonomia tributária (CF-88, art. 150, II), tratando desigualmente contribuintes que se encontram em situação equivalente sem que haja a "razão suficiente" para tanto que, no caso, só pode ser o benefício revertido em prol de todos.

Enfim, é o orçamento público brasileiro fazendo as vezes de um "coração de mãe", no qual, como o dito popular, sempre cabe mais um benefício fiscal destinado a algum grupo.

O estudo nos revela, portanto, que a renúncia tributária, este *relevantíssimo* gasto público em tudo e por tudo igualado a qualquer despesa fixada no orçamento público, ainda tem sido vista a partir de um viés "jurídico" contabilista, estático, sob os influxos do dualismo kelseniano entre ser e dever ser bastante presente ainda neste século XXI. A construção da norma jurídica nesses casos pela Administração Pública, se é que podemos mesmo falar em construção, que deixa na penumbra, como desde sempre, as socialmente perniciosas condutas *rent-seeking*.

3.4.3 Governança Pública

O Acórdão 1.273/2015 se escora em um levantamento realizado pelo TCU em conjunto com diversos Tribunais de Contas do país, com o objetivo de sistematizar informações sobre a *situação da governança pública em âmbito nacional, esferas federal, estadual, distrital e municipal*.

A origem do termo "governança pública" provém do âmbito privado (governança corporativa), que, por sua vez, remonta à necessidade de superação do chamado "conflito de agência", que sugere divergências de interesses entre os proprietários de uma empresa e os agentes delegados a administrá-la. Desse modo, as boas práticas de governança atuam para reduzir este conflito e, consequentemente, melhorar o desempenho da organização, proporcionando segurança aos proprietários.

Em 2001, a Federação Internacional de Contadores (IFAC) publicou o trabalho “Governança no Setor Público” e definiu três pilares ou princípios da boa governança para aplicabilidade nas organizações públicas:

a) *openness (*transparência) – para que os interessados possam confiar nos processos de tomada de decisão, na gestão e nos agentes públicos;

b) *integrity* (integridade) – baseada na honestidade, probidade na administração dos fundos e recursos públicos. Depende da efetividade nas estruturas de controle;

c) *accountability* (responsabilidade em prestar contas) – não somente as entidades públicas mas os próprios indivíduos que as integram devem assumir integralmente a responsabilidade por decisões e ações de sua alçada e prestar contas por elas (INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS, 2001).

O referido diagnóstico só foi possível ser realizado em razão da celebração de um Acordo de Cooperação Técnica firmado em 04 de agosto de 2014 entre o TCU, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), o Instituto Rui Barbosa (IRB) e diversos Tribunais de Contas Estaduais, Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

Foram coletadas informações junto a 380 organizações da administração federal, 893 organizações públicas estaduais e 6.497 organizações municipais. O relatório do TCU não deixou margem de dúvida:

> O perfil de governança pública obtido neste levantamento sugere *significativas deficiências de governança pública.* Grande parte dos respondentes apresentaram baixa capacidade em quase todas as práticas do modelo de avaliação utilizado neste trabalho. *Tais limitações podem estar aumentando a exposição dessas organizações a riscos relevantes, e reduzindo a capacidade de alcance de resultados*. (Grifos nossos.)

Este acórdão do TCU tem grande relevância por mostrar o estado da arte da governança pública no Brasil e, especialmente, a capacidade de os órgãos de controle externo da atividade financeira de Estado em realizar o controle da economicidade e da eficiência da despesa pública. De acordo com o levantamento, “os resultados obtidos [...] revelaram, de forma geral, baixa capacidade em

praticamente todos os controles e práticas sugeridas nos modelos de autoavaliação de governança pública".

O item 262 do relatório foi incisivo ao sugerir quatro práticas aos tribunais de contas para maximizar o efeito de sua ação ao focalizar seus esforços, principalmente, na garantia de que a alta administração das respectivas organizações jurisdicionadas:

a) estabeleça, clara e consistentemente, a estratégia da organização;
b) monitore e avalie a execução da estratégia, os principais indicadores de negócio e o desempenho organizacional;
c) garanta o adequado balanceamento de poder e a necessária segregação das funções críticas de negócio;
d) responsabilize-se pelo estabelecimento de políticas e diretrizes para a gestão da organização e pelo alcance de resultados.

Um interessante apontamento do referido relatório sugere que, diante da inviabilidade de os Tribunais de Contas realizarem auditorias em todos os jurisdicionados para garantir a concretização dessas quatro práticas, os Tribunais de Contas possam maximizar a eficiência *priorizando as auditorias sobre o sistema de controle interno*, verificando se a gestão de riscos está implementada, se a função auditoria interna está implementada e se estas duas estão de fato contribuindo para que as quatro práticas sejam efetivadas.

O relatório ainda aponta que a função de autoria interna deve ter uma definição *explícita* de que o dirigente máximo da organização seja o *principal* responsável pelo estabelecimento de estratégia da organização e da estrutura de gerenciamento de riscos.

A verdade é que diante das constatações do relatório, pode-se afirmar que inexiste no Brasil um modelo de governança para as organizações públicas, com princípios e regras claras a serem atendidas. Tudo mostra, sobretudo, que as organizações públicas estão bastante vulneráveis a ações de *rent-seekers*, tornando muitíssimo difícil a prevenção da *rent-seeking* ou mesmo a constatação de sua ocorrência para as necessárias consequências jurídicas.

3.5 ALERTAS (ART. 59 DA LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000) E MEDIDAS CAUTELARES PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS (ART. 71 DA CF-88):

PREVENINDO A TRANSFIGURAÇÃO DA DESPESA PÚBLICA PELO *RENT-SEEKING* E FIXANDO O TERMO PARA A RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO

De acordo com FERNANDO LUIZ ABRUCIO e MARIA RITA LOUREIRO, "um instrumento fundamental de *accountability* na área das finanças públicas é representado pelos tribunais de contas. Praticamente todos os países dispõem hoje de órgãos de controle financeiro do Estado" (ABRUCIO & LOUREIRO, 2004, p. 95).

Conforme os autores:

> Do ponto de vista histórico, tais órgãos se difundiram principalmente a partir do século XVIII, com duas orientações básicas. A primeira é de caráter administrativo, buscando controlar os recursos públicos para evitar desperdícios ou desvios. A segunda orientação que dá origem a esses órgãos pode ser encontrada nos princípios liberais de limitação do poder. [...] *Há ainda uma terceira função que está ganhando importância: o acompanhamento dos gastos públicos para avaliar a qualidade e os resultados dos programas*. (ABRUCIO & LOUREIRO, 2004, p. 20, grifos nossos.)

O Direito brasileiro prevê mecanismos que podem ser ativados pelos órgãos de controle externo, especificamente pelos Tribunais de Contas, numa espécie de ação para "desarmar a bomba-relógio da *rent-seeking*", controlando concomitantemente a qualidade do gasto público, evitando que venha a ocorrer eventual perda social e, ao mesmo tempo, demarcando cronologicamente a responsabilidade financeira do gestor.

Quando falamos controle da qualidade do gasto público, referimo-nos a um controle financeiro, orçamentário e operacional sobre as finanças públicas que leve em conta, necessariamente, a eficácia, a eficiência e a economicidade do gasto público.

Neste contexto, inserem-se os "alertas", cuja previsão legal consta expressamente do artigo 59, § 1º, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 59 [...]
> § 1º – Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:
> [...]
> V – fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidade na gestão orçamentária. (Grifos nossos.)

Para o que nos interessa mais de perto, os Tribunais de Contas devem alertar os Poderes e órgãos públicos quando constatarem *indícios de condutas rent-seeking e/ou de perdas sociais provocadas por comportamentos rentistas*, ou seja, indícios de irregularidade na gestão orçamentária ou qualquer outro fato que possa comprometer os custos ou os resultados dos programas.

Dessa maneira, podem ser evitadas as perdas sociais, por exemplo, o que acabaria por desativar a bomba do *rent-seeking*, desconfigurando-o e preservando, conforme a terminologia mülleriana, a *norma de decisão* sobre a despesa pública.

De acordo com RODRIGO MIOTO DOS SANTOS "em termos processuais, a norma de decisão é o que conhecemos por parte dispositiva da sentença. Nessa derradeira fase do processo de concretização, o responsável pela decisão individualiza a norma jurídica, aplicando-a a um caso concreto pontual" (SANTOS, 2006, p. 68).

Os alertas, portanto, são mecanismos de controle *preventivo*, ou seja, devem ser utilizados *antes* da ocorrência de algum dano ou perda social. Devem ser vistos como verdadeira *norma de decisão* nos moldes da teoria estruturante e, assim sendo, ser encarados sempre como um *produto final do processo de concretização da norma jurídica da despesa pública pelo Tribunal de Contas*.

Nesse sentido, consoante lição de EROS ROBERTO GRAU diz que

> a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas. (GRAU, 2016, p. 23.)

Ainda de acordo com o autor, "todos os operadores do Direito o interpretam, mas apenas certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão".

A ideia, pois, parte de considerar os participantes do processo de interpretação, "de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta" (HÄBERLE, 1997, p. 12-13), sendo impossível estabelecer um elenco cerrado ou fixado em *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

A partir, pois, desta impossibilidade e à vista da necessidade de se cumprir com o mister que a Constituição lhe impôs para a fiscalização financeira, operacional

e orçamentária da atividade financeira de Estado é que incumbe aos Tribunais de Contas, *concretizando a norma jurídica da despesa pública sempre a partir do texto constitucional*, aplicar esta mesma norma aos casos concretos que lhe são submetidos. É exatamente nesse contexto que exsurge a *norma de decisão acerca da despesa pública*, espécie esta que podemos enquadrar a decisão que alerta os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 da LRF.

Em relação aos alertas, JOSÉ MAURÍCIO CONTI afirma que "atualmente tem sido intensificado seu uso, mostrando essa importante ação de natureza preventiva, seguramente a melhor forma de evitar a má gestão das contas públicas" (CONTI, 2016, p. 184).

De acordo com ÉLIDA GRAZIANE PINTO, os "alertas dados ao longo das diversas e rotineiras formas e tarefas de fiscalização efetuadas pelos Tribunais de Contas são provas juridicamente válidas e pertinentes para a análise judicial incidente sobre os mesmos fatos" (PINTO, 2014, p. 2).

Esta observação é bastante valiosa, pois permite que não haja sobreposição de atividades entre os órgãos de controle. Assim, possibilita que o Ministério Público ou o Poder Judiciário possa, respectivamente, utilizar como prova emprestada os alertas realizados pelos Tribunais de Contas para manejar uma ação penal por crime contra a Administração Pública que exija dolo ou ação civil por ato de improbidade administrativa que exija o dolo (caso dos arts. 9 e 11 da Lei 8.429/92[64]), ou proferir um julgamento condenando o agente público ímprobo às sanções legais (art. 12 da Lei 8.429/92) à vista da configuração do dolo em praticar ato de improbidade administrativa. O alerta, portanto, serviria como prova do dolo do gestor público na prática de crime ou ato de improbidade administrativa.

Pegando carona nesse raciocínio, podemos afirmar que os alertas também teriam também a função de *demarcar a responsabilidade financeira* do gestor público. Expliquemos.

Uma vez o Tribunal de Contas identificando eventual conduta *rent-seeking,* especialmente os resultados desta conduta (possíveis danos ou perdas sociais), o que representaria indícios de irregularidade na gestão orçamentária, deverá alertar o gestor responsável sobre a situação para que tome todas as medidas pertinentes, inclusive aquelas apontadas pela norma de decisão do alerta, evitando-se a

[64] Nesse sentido: Eresp 479812/SP, rel. Min. TEORI ZAVASCKI.

concretização da perda social sinalizada.

Mas, por que indícios de irregularidade na gestão orçamentária? Exatamente porque, naquele primeiro momento, como que numa análise cautelar, a decisão jurídica sobre o gasto público, que teve como escoro a construção de determinada norma jurídica, estaria se *afastando de seu perfil constitucional ao escantear os aspectos da eficácia/eficiência/economicidade*, inerentes à fiscalização operacional/financeira e orçamentária da atividade financeira do Estado.

Indícios de afastamento do gasto público de suas feições constitucionais representam, em verdade, indícios de "inconstitucionalidade" na gestão orçamentária, muitíssimo mais gravoso que mera irregularidade, como exige a LRF.

Alertando o gestor, este fica ciente de que *deve agir de alguma forma para evitar a perda social apontada pelo controle externo* e, assim sendo feito, coloca-se novamente a norma jurídica da despesa pública nos trilhos da Constituição, afastando a caracterização da *rent-seeking*.

Nas certeiras palavras de ÉLIDA GRAZIANE PINTO,

> quem alerta dá notícia de perigo iminente, em sinal de vigilância externa em favor daquele que foi alertado. Em sentido ainda mais direto e objetivo, o alerta quer dizer ao seu destinatário: "tome cuidado!", ou ainda "tenha cautela!" e, até mesmo, "corrija sua ação já, sob pena de erro grave ou infração punível! (PINTO, 2014.)

Além disso, como observa a autora, "os alertas não sofrem limitação exaustiva de conteúdo, [...] nem tampouco operam apenas ao final do processo de fiscalização anual, na medida em que se configuram – isso sim – como verdadeiros e *abrangentes instrumentos de controle concomitante da gestão pública*" (grifos nossos).

Coaduna-se, portanto, com o artigo 75 da Lei 4.320/64 que dispõe que o controle da execução orçamentária compreenderá, entre outras coisas, a legalidade dos atos de que resultem a realização da despesa.

O inciso V do § 1º do artigo 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, portanto, é aquele que, ao nosso sentir, possibilita que o gestor, devidamente ciente da situação, possa reverter ou mitigar a perda social decorrente da conduta *rent-seeking*.

Esta hipótese "deve ser a mais prestigiada e a mais ampliada em escopo e envergadura para que alcancemos a máxima eficácia do arranjo constitucional de

controle da Administração Pública" (PINTO, 2013).

A interpretação ampla que deve ser dada ao alerta conduz ao reconhecimento de que este instrumento não se aperfeiçoa apenas com a decisão de Conselheiro ou Ministro do Tribunal de Contas – até mesmo porque esta limitação não consta do texto da lei – "mas também cada uma das várias atuações técnicas dessas Cortes especializadas que fazem levantamento primário de problemas e falhas" (PINTO, 2013).

Assim, os alertas podem ser materializados "em relatórios que, por seu turno, servem de fundamento para que os gestores responsáveis sejam provocados a se justificar e apresentar suas razões de defesa em face dos fatos levantados" (PINTO, 2013).

Por outro lado, além do alerta, os Tribunais de Contas podem se valer do poder de cautela, determinando medidas cautelares para evitar danos futuros e, assim, desarmar o resultado da *rent-seeking*.

De acordo com EMERSON CESAR DA SILVA GOMES, "as medidas cautelares são adotadas em caráter temporário e visam garantir a reparação do débito, prevenir a ocorrência de outros débitos ou assegurar a realização de fiscalização pela Corte de Contas" (GOMES, 2012, p. 36). Acrescentamos: também está na finalidade da medida cautelar a *prevenção de danos ao erário*.

A previsão consta expressamente do artigo 276 do Regimento Interno do TCU*, **in verbis***:

> Art. 276 – O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.443, de 1992.

Em 2003, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.510-7/DF, de relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, entendeu pela possibilidade da expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas:

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1 – *Omissis*. 2 – Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da

> União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei n. 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3 – *Omissis*. 4 – *Omissis*. Denegada a ordem.

Parece-nos que não há maiores questionamentos sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas expedir medidas cautelares no exercício da atividade de controle externo, visando à prevenção de danos sociais (MS 23.983, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela Ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência do STF (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 26.547, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2007; Suspensão de Segurança n. 3.789, Relator Ministro Cezar Peluso; MS 25481 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011; Suspensão de Segurança n. 4.878, Relator Min. Joaquim Barbosa, que confirmou a medida cautelar de bloqueio de bens imposta pelo TCE/RN).

O afastamento temporário do responsável e a indisponibilidade dos bens do responsável são medidas cautelares que encontram previsão expressa no artigo 44 e artigo 44, § 2º da Lei n. 8.443/93, respectivamente.

Com base no poder geral de cautela, o TCU tem adotado medidas cautelares inominadas, como a suspensão de procedimentos licitatórios (Acórdão n. 556/2003; Acórdão n. 467/2004), bem como a suspensão de repasses financeiros a entidades públicas ou privadas (Acórdão n. 513/2003).

A questão mais recente que se coloca é saber, por exemplo, se as medidas cautelares decretadas pelo Tribunal de Contas, especialmente a *indisponibilidade de bens*, pode atingir *particulares*.

No Acórdão n. 2.428/2016 o TCU decretou cautelarmente, com fundamento artigo 44, § 2º, da Lei 8.443/1992 c/c artigos 273 e 274 do Regimento Interno deste Tribunal, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens de pessoas físicas e jurídicas, determinando o bloqueio de R$ 960 milhões em bens do ex-presidente da Petrobras, José Sergio Gabrielli, do ex-diretor da estatal, Renato Duque, da construtora Queiroz Galvão e da Iesa Óleo e Gás. O órgão encontrou indícios de superfaturamento em obras de tubulação da refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco, e determinou o bloqueio baseado na presunção do *perigo de não reaver o dinheiro*.

Em caso semelhante, por decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio (Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.410/DF), o STF suspendeu a medida cautelar decretada pelo TCU no Acórdão 2.109/2016, entendendo pela impropriedade de justificar a medida cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de particulares com base no artigo 44 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

De acordo com o Ministro, o dispositivo mostra-se voltado à disciplina da atuação do responsável pelo contrato, portanto, apenas do servidor público, deixando de abranger o particular. O exame da Lei n. 8.443/1992 respaldaria o entendimento pois o dispositivo encontra-se na Seção IV, a qual regula a fiscalização de atos e contratos dos quais resulte receita ou despesa, realizados "pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição". Assim, para o Ministro MARCO AURÉLIO, a lei é direcionada ao servidor público, não a particular.

Com toda vênia, entendemos perfeitamente possível o Tribunal de Contas decretar, como medida cautelar, a indisponibilidade de bens em desfavor de particulares, desde que esta medida tenha prazo definido não superior a um ano e sua finalidade, devidamente fundamentada, esteja voltada à prevenção de danos ao erário.

O poder de cautela do TCU, que em verdade não é propriamente um poder mas um *dever*, posto que realizado no âmbito de uma *função* administrativa, é decorrência direta de sua competência prevista na Constituição Federal para julgar contas e aplicar sanções na esfera de controle externo. Obviamente que a sanção financeira não se confunde com a medida cautelar,[65] mas esta é sempre ancilar àquela.

Em consonância, o artigo 44, § 2º, da Lei n. 8.443, de 1992, confere ao TCU a competência para, no início ou no curso de qualquer apuração, "decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens *do responsável*, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração" (grifos nossos).

Vejamos o texto:

> Art. 44 – No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício

[65] Nesse sentido: EMERSON CÉSAR DA SILVA GOMES (2012, p. 36).

> ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.
> 2º – Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Como se percebe, o texto não faz qualquer distinção entre responsável particular ou responsável agente público.

Para ajudar na interpretação, é suficiente mencionarmos dois dispositivos constitucionais: o artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, determinando, com todas as letras, a submissão ao crivo do Tribunal de Contas *qualquer pessoa física ou jurídica*, pública *ou privada*, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens ou valores públicos; o artigo 71, inciso VII que outorga ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, em auxílio ao Poder Legislativo, o dever de aplicar *aos responsáveis* em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas as sanções previstas em lei e, dentre elas, a multa proporcional ao dano causado ao erário.

Ora, para assegurar a efetividade da decisão do Tribunal de Contas que vier a aplicar a multa proporcional ao dano causado ao erário pode, o mesmo Tribunal, exercer seu poder geral de cautela e decretar a indisponibilidade de bens, pelo prazo de um ano, do responsável, seja ele pessoa jurídica ou física, de direito público ou privado.

Uma outra questão que nos parece importante ressaltar e que diz de perto com comportamentos *rent-seeking* é a possibilidade ou não de o Tribunal de Contas determinar, cautelarmente, a sustação do pagamento de parcelas contratuais.

Parece-nos que a medida encontra previsão constitucional, mas, evidentemente, para ser decretada deve-se preencher os requisitos de qualquer medida cautelar, atentando-se para uma exaustiva fundamentação decisória, permitindo seu controle posterior, inclusive pela via jurisdicional, se for o caso.

O respaldo da Constituição Federal vem do artigo 71, incisos IX e X quando prevê a competência do Tribunal de Contas para *assinar prazo* para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei e, se não

atendido, sustar a execução *do ato* impugnado, comunicando a decisão ao poder Legislativo.

Portanto, parece-nos que, *atendidos os pressupostos legais*, pode haver sustação *do pagamento* em contratos administrativos. Impugna-se o ato administrativo que tem como conteúdo o pagamento, assina-se prazo para adoção de providências e, caso não atendidas, o próprio Tribunal determina a sustação. A sustação, frise-se, não é *do contrato*, posto que apenas o Poder Legislativo teria esta competência (CF-88, 71, § 1º), mas do pagamento, como *ato administrativo* a ser praticado pela Administração Pública.

Recentemente, o Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE-BA) concedeu medida cautelar para sustação de pagamentos relativos ao Contrato n. 27/2013 (Grado Engenharia Ltda.), no montante de R$ 4.940.981,00 (quatro milhões, novecentos e quarenta mil, novecentos e oitenta e um reais), sob o fundamento de haver divergências entre os valores contratados e os estimados pela Auditoria para dois itens incluídos por meio do 4º Termo Aditivo, sinalizando fumaça do bom Direito, bem como que este montante estaria próximo do saldo a pagar do aludido contrato, o que ensejaria o perigo da demora, fixando o prazo de oito dias para que os gestores do órgão pudessem apresentar os esclarecimentos em relação às divergências e irregularidades encontradas pela equipe de fiscalização (TCE/011412/2015).

3.6 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-FINANCEIRAS EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DA *RENT-SEEKING*: OS DENTES DO DIREITO FINANCEIRO

Considerando que a conduta *rent-seeking* não pode mais permanecer sendo algo indiferente ao Direito Financeiro e, portanto, estando certo que este ramo do Direito tem algo a dizer sobre o fenômeno identificado pela Economia, vejamos, agora, a partir de um viés jurídico-financeiro, duas possíveis consequências que as condutas *rent-seeking* podem ocasionar.

3.6.1 Inconstitucionalidade da Despesa Pública

Se é correto afirmar a existência de uma Constituição Financeira que ilumina

toda a atividade financeira do Estado e se podemos sustentar que a Constituição Federal traça os contornos primordiais dessa disciplina, bem como que cabe não apenas ao Poder Judiciário mas também à Administração Pública e, consequentemente, aos órgãos que exercem o controle externo da atividade financeira, a tarefa de interpretar/aplicar o texto constitucional (ABBOUD, 2011, p. 412), a norma jurídica da despesa pública e a respectiva norma de decisão em determinada situação concreta que porventura se afaste destas diretrizes constitucionais devem ser rechaçadas por vício de inconstitucionalidade.

De acordo com HELENO TAVEIRA TORRES,

> a Constituição Financeira volta-se para o Estado como seu principal destinatário jurídico, que recebe todas as competências, segundo os poderes instituídos pela Constituição. [...] Adotar a Teoria da Constituição Financeira como método jurídico [...] não significa uma opção pelo 'purismo' no direito ou por um positivismo descompromissado com a realidade. Os valores e os fins constitucionais permitem ao intérprete o acesso à realidade [...]. O diálogo das constituições materiais é recente. Somente com a passagem ao Estado Social e, deste, para o Estado Democrático de Direito é que se aprofundaram os estudos para uma integração funcional (intertextualidade) entre a Constituição Financeira e as Constituições Econômica, Tributária, Político-Federativa e Social. A partir deste novo paradigma, o direito financeiro converte-se em domínio fundamental do constitucionalismo contemporâneo, com a função de instituir e aplicar modelos de financiamento do Estado ou da sociedade em geral sempre em coerência com a Constituição. (TORRES, 2014, p. 70 e 72.)

E conclui, com total acerto, que o Direito Financeiro, "doravante, passa a ser conteúdo de exame obrigatório no controle de constitucionalidades, não só pelos aspectos formais, mas também por aqueles materiais, quanto aos fins constitucionais do Estado" (TORRES, 2014, p. 72).

A presente tese, ao mirar para os comportamentos *rent-seeking* e seus efeitos no campo do Direito Financeiro, denuncia que a leitura que vem sendo conferida ao Direito Financeiro, especialmente no âmbito do controle da atividade financeira, é predominantemente formal, contabilista ou economicista. Este viés do Direito Financeiro mostra que muitos importantes setores jurídicos que interpretam este ramo do Direito ainda trabalham em um nível primitivo do positivismo, anterior mesmo a Kelsen, ou seja, nivelando lei e norma jurídica, como se esta última já estivesse pronta e acabada apenas esperando um momento para ser "vestida" aos fatos, para a subsunção.

Esta atitude mostra uma leitura exageradamente rasa do Direito Financeiro e

encobre fenômenos sociais absolutamente importantes e que têm repercussão direta na configuração da despesa pública, como ocorre com os comportamentos *rent-seeking*.

O pós-positivismo de MÜLLER propõe um caminho metodológico para uma decisão jurídica sobre o gasto público defensável a partir de uma motivação jurídica que conduza à decisão de forma metodologicamente racional e transparente, sem infringir a Constituição (MÜLLER, 2014, p. 21).

Este caminho, ao não fechar os olhos para a conteudística da norma jurídica (como no positivismo inaugurado por HANS KELSEN), construída sempre a partir dos textos, especialmente do texto constitucional, mas que leva em conta também todo o *âmbito da norma*, aspectos não linguísticos mas igualmente *jurídicos*, pois compõem a norma jurídica, possibilita que todos esses aspectos da eficiência, da economicidade, enfim, da qualidade do gasto público, passem a fazer parte *da própria norma jurídica da despesa pública*, não algo externo ao Direito ou juridicamente indiferente.

Desse modo, ao contrário do que muitos economistas ou contabilistas poderiam supor, a norma jurídica da despesa *vai além* da despesa pública formalmente fixada na lei orçamentária. Aliás, como já dito e redito nesta tese, a norma jurídica metodologicamente construída com referência a determinado caso concreto pode acabar infirmando o quantitativo formalmente fixado na lei orçamentária a título de despesa pública, ao considerar outros custos sociais (v.g. das condutas *rent-seeking*).[66]

O enunciado que fixa o montante da despesa pública na lei orçamentária não tem o condão de coisificar a despesa, como poderia sugerir uma análise economicista ou contabilista. Todavia, esse montante legislativamente fixado (programa da norma) é o "limite extremo da concretização admissível" (CHRISTENSEN, 2013, p. 209), ou seja, o texto é o dado inicial mais importante no processo de concretização e, ao mesmo tempo, o limite desse processo, demarcando a fronteira extrema das possíveis variantes de sentido (constitucionalmente admissíveis), de sorte que "decisões que passam claramente

---

[66] Aplica-se, aqui, o escólio de FRIEDRICH MÜLLER quando ensina que "o âmbito normativo fornece ao programa normativo alternativas estruturais, fundadas em dados reais, para seus modelos, os quais se confirmam ou se alteram" (2011, p. 253).

por cima do teor literal da constituição não são admissíveis" (MÜLLER, 2010, p. 74).[67]

A norma leva em conta este dado (programa da norma), mas não se restringe a ele, ou seja, a lei orçamentária deve ser interpretada pelos órgãos de controle para que se chegue na norma jurídica da despesa pública, mas esta interpretação deve levar em conta, *também*, elementos extralinguísticos (âmbito ou domínio da norma).

De acordo com FRIEDRICH MÜLLER, "pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma (ou domínio da norma), i.é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação", ou seja, "o âmbito da norma entra no horizonte visual da norma jurídica, bem como da norma da decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma" (2010, p. 58-59).[68] Exatamente porque este âmbito normativo faz parte da norma jurídica, ele "não se limita ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte [...]".

Nesse contexto, importa ressaltar que o programa normativo da norma jurídica da despesa pública a ser construída remete expressamente, a partir do texto *constitucional*, a um âmbito normativo "qualitativo", exigindo do gasto público o atendimento à eficiência/eficácia[69] (CF-88, art. 37, *caput* e art. 74, II) e à economicidade (CF-88, art. 70, *caput*).

Como vimos, de acordo com a teoria da regra-matriz de incidência de PAULO DE BARROS CARVALHO (2015, p. 626-630), por exemplo, poderíamos perfeitamente acrescentar um critério a mais no consequente normativo da norma primária da despesa pública, portanto, ao lado do critério quantitativo e já no bojo da relação jurídica instaurada, denominado eficacial ou qualitativo, apontando para a necessidade de demonstração de um retorno positivo à sociedade, no mínimo,

---

[67] Em outra obra, MÜLLER esclarece que "a insubstituível, sob o ponto de vista do Estado de Direito, função de limite do texto literal deve antes ser determinada de *forma opositiva*, de modo que o escopo que o claro texto literal abre, só possa ser transposto se o texto literal for comprovadamente equivocado ou passível de ser mal compreendido" (2011, p. 202-203).

[68] Ainda conforme MÜLLER, "à luz da concretização da norma deve-se proceder à distinção entre programa normativo e âmbito normativo, sendo que este último deve ser igualmente visto como entidade jurídica e não extrajurídica" (2010, p. 249).

[69] De acordo com HELIO MILESKI, a eficiência é o "máximo de rendimento sem desperdício de gastos e tempo", enquanto a eficácia é a "realização das metas programadas" (MILESKI, 2011, p. 285).

equivalente à despesa pública formalmente executada ou gasto tributário/creditício verificado (em se tratando de renúncia tributária ou creditícia).

Como em várias passagens desta tese já afirmamos, na base das condutas *rent-seeking* podemos encontrar comportamentos *antirrepublicanos* (PEREIRA, 2009, p. 129) e que, necessariamente, implicam prejuízos *para toda coletividade*, presente e futura, portanto, são condutas que prejudicam diretamente *direitos difusos intergeracionais*, devendo ser rigorosamente repudiadas e responsabilizadas pelo Direito.

Conforme muito bem percebeu LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA (2009, p. 163),

> o Estado republicano é suficientemente forte para se proteger do controle privado, defendendo o patrimônio público contra o *rent-seeking*; [...] é um Estado que depende de funcionários governamentais que, embora motivados por interesses próprios, estão também comprometidos com o interesse público [...].

Com efeito, as perdas sociais ocasionadas pela *rent-seeking* atingem aqueles cujos titulares são comunidades ou populações inteiras, ou seja, indivíduos numericamente indetermináveis[70], da mesma forma que ocorre nos casos de poluições ambientais ou, na área que nos interessa, com o endividamento público excessivo,[71] atingindo não apenas a população atual mas as gerações vindouras, daí o dano social transgeracional da *rent-seeking*.

Por isso é que também na análise da *rent-seeking* não podemos olvidar a equidade intergeracional, levando-se em consideração “os interesses da geração presente, a fim de que esta também possa gozar dos frutos da arrecadação atualmente presente, e da geração futura, a fim de que esta não seja excessivamente onerada pelos compromissos assumidos no passado” (SCAFF, 2014, p. 38).

Nesse contexto, faz todo sentido defender a necessidade de se levar em conta a *eficiência intertemporal* do gasto público, não apenas estática e de curto prazo. Afinal, “em algumas situações, as normas geram uma queda de bem-estar social inicial amplamente recompensada quando se contabilizam os ganhos futuros.

---

[70] De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, direitos difusos são aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I).

[71] Nesse sentido: FERNANDO FACURY SCAFF (2014, p. 36).

O interesse público pode e deve ser avaliado numa perspectiva intertemporal" (MENEGUIN, 2016, p. 2).

Em outras palavras, na linha de entendimento de FERNANDO B. MENEGUIN e TOMÁS T. S. BUGARIN, quer-se afirmar que as decisões jurídicas, especialmente as normas de decisão sobre o gasto público,

> Devem estar atentas à repercussão criada para o bem-estar da sociedade. A análise do impacto das normas e das políticas públicas devem ser realizadas numa perspectiva intertemporal, sob o risco de se deixar de tomar medidas positivas caso se considere somente o momento presente ou, ainda pior, o risco de se decidir algo que trará malefícios para as gerações futuras. (MENEGUIN, 2016, p. 19.)

Juridicamente, o liame é inescondível: condutas *rent-seeking* atropelam, espicaçam, apezinham do modo mais tosco possível o 'princípio' republicano, assumido expressamente pela Constituição Federal.

Com toda razão, FERNANDO FACURY SCAFF afirma que

> após quase 120 sob esse regime republicano (vocábulo usado como *substantivo*), há um sentimento de que a sociedade brasileira ainda não chegou a um nível razoável de convivência republicana (vocábulo usado como *adjetivo*), em especial no que se refere ao uso das verbas públicas, no âmbito da arrecadação, das renúncias fiscais e do gasto público. O Direito é um elemento central nessa análise, e discutir o futuro do Direito, no Brasil, implica em discutir o uso mais republicano desses recursos 'públicos'. (SCAFF, 2008, p. 79.)

Nesse contexto, uma vez diagnosticada a *rent-seeking*, ou seja, comprovada pelos meios de provas admitidos em Direito a conduta rentista e a respectiva perda social, a decisão jurídica que foi tomada acerca do gasto público que lhe é correspondente torna-se inconstitucional.

Esta conclusão é decorrência da própria concepção de norma jurídica a partir de um paradigma pós-positivista.

Desse modo, "o texto da norma pode estimular com seu efeito sinalizador a concretização e pode apontar com o seu efeito limitador [*Grenzwirkung*] as barreiras da concretização admissível, mas ele não pode conter substancialmente a instrução normativa" (CHRISTENSEN, 2013, p. 207).

Nesse sentido, pode-se dizer que o viés pós-positivista se assenta em três pontos fundamentais:

a) diferença entre texto e norma;

b) interpretação do Direito deixa de ser ato revelador, seja da vontade da lei (*voluntas legis*), seja do legislador (*voluntas legislatore*);
c) a decisão jurídica (judicial, administrativa ou realizada por particulares) deixa de ser um processo silogístico que se subsome em uma norma geral e abstrata previamente formada.[72]

3.6.2 Responsabilização Pessoal dos Rentistas e Gestores Públicos

Inicialmente, é importante deixar claro que não estamos tratando, aqui, de responsabilidade civil *do Estado* em decorrência de sua intervenção sobre a Economia, seja através de normas de indução (violação do princípio do direito adquirido) ou de direção (infringência ao princípio da lucratividade), seja de escolha da opção econômica a ser objeto da ação interventiva estatal (quebra do princípio da igualdade) ou compromissos governamentais (violação ao princípio da boa-fé).[73]

Parece-nos que este tipo de responsabilidade também poderia ser cogitada para exigir do Estado eventuais perdas sociais que poderiam ter sido evitadas se houvesse um verdadeiro controle prévio e concomitante da norma jurídica da despesa pública, mas não é este nosso foco.

A responsabilidade a que estamos nos referindo é aquela *pessoal*, seja do próprio gestor, na condição de tomador da decisão jurídica, isto é, daquele que "tem as rédeas" do controle da execução orçamentária e do acompanhamento efetivo do gasto público, seja de quem obteve efetivamente a renda em razão de sua conduta, de sorte que tanto pessoas físicas como jurídicas podem ser responsabilizadas financeiramente pelas perdas sociais verificadas em razão de comportamentos *rent-seeking*.

É preciso não confundir a responsabilidade jurídico-financeira dos rentistas e gestores públicos pela ocorrência de *rent-seeking* com a responsabilidade a que se refere o artigo 173, § 5º da CF-88. O referido dispositivo condiciona à existência de lei a responsabilidade apenas nos *atos praticados contra a ordem econômica e financeira,* referindo-se expressamente ao Título VII da Constituição Federal, o que

---

[72] Nesse sentido: GEORGES ABBOUD, HENRIQUE GARBELLINI CARNIO & RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA (2013, p. 313).
[73] Nesse sentido, ver o específico trabalho de FERNANDO FACURY SCAFF (2001, p. 167-170).

não é propriamente o caso da *rent-seeking*, pois a responsabilidade que nos interessa apontar é aquela decorrente do não atendimento à norma jurídica *da despesa pública*, direta e imediatamente ligada, portanto, ao Título VI da Constituição Federal.

A ideia é a preservação da *higidez da gestão fiscal*, talvez o mais importante dos direitos difusos fundamentais (e que não recebe a justa e devida atenção), pois dele depende a concretização de todos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

Com efeito, todo e qualquer direito tem seu custo (HOMES, 2000), mesmo aqueles chamados de primeira geração ou dimensão (v.g. segurança pública; aparelhamento da justiça), de sorte que “não são apenas os direitos de 2ª e 3ª dimensão que necessitam de verbas públicas para sua implementação, mas também os de 1ª dimensão” (SCAFF, 2009, p. 25) .

Todavia, não há como negar que é justamente a partir de uma gestão fiscal hígida e responsável, cujo ciclo começa pelo planejamento fiscal e elaboração do orçamento público, findando-se com o controle/avaliação que retroalimenta a elaboração orçamentária, que se torna possível a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O planejamento fiscal no Brasil funciona de forma afunilada (SCAFF, 2007, p. 34), ou seja, o processo de concretização dos direitos fundamentais a cargo do Estado se assemelha a um funil (SCAFF, 2016, p. 41), começando normalmente pelo sistema tributário, que abastece o Estado com recursos provenientes da iniciativa privada, passando pela proposta orçamentária do Poder Executivo, indo para discussão e aprovação pelo Legislativo e voltando ao Executivo para execução orçamentária, desembocando, portanto, na *norma de decisão da despesa pública,* que sempre é suscetível de controle, seja internamente (art. 71 da CF-88), seja pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 74 da CF-88). A referida norma de decisão, necessariamente, se arrima na norma jurídica da despesa pública.

Portanto, é exatamente esta higidez da gestão fiscal que escora axiologicamente a construção da norma jurídica da despesa pública e da respectiva norma de decisão em cada caso concreto levado à apreciação dos Tribunais de Contas.

A gestão fiscal, conforme observa SÉRGIO ASSONI FILHO (2009, p. 193), deve ser "orientada pela responsabilidade no trato das disponibilidades materiais da Administração Pública, sendo levada a efeito sempre em nome do legítimo interesse dos cidadãos". Assim sendo, conclui acertadamente o autor no sentido de que "a adequada utilização dos recursos requer um compromisso assumido pelos agentes públicos, que, aliás, terão seus passos continuamente observados por todos os integrantes da coletividade".

Por outro lado, entendemos que deve ser excluída a responsabilidade daquele que não teve propriamente qualquer conduta comissiva para a obtenção, manutenção ou expansão da renda, como é o caso dos caronas (*free riders*). Afinal, sem conduta comissiva não podemos sequer falar em *rent-seeking*, muito menos atribuir responsabilidades.

Além disso, a responsabilidade a que nos referimos é aquela identificada por EMERSON CESAR DA SILVA GOMES como *financeira*. De acordo com o autor,

> os tipos tradicionais de responsabilidade (civil, penal, disciplinar) não se ajustam ao julgamento regular das contas públicas. Estão relacionados a situações e a apurações esporádicas. Não são aptos, portanto, a um controle permanente exercido sobre a gestão pública. (GOMES, 2012, p. 65.)

Sustenta, portanto, a necessidade de "uma espécie de responsabilidade jurídica diversa das tradicionais, que seja aplicada por autoridade independente e que seja integrada à função de julgamento de contas. Esta espécie é a responsabilidade financeira" (GOMES, 2012, p. 65).

A responsabilidade financeira pode ser subdividida em duas: 1) *reintegratória*, prevista no artigo 19, *caput* da Lei n. 8.443/93, consistente na obrigação de repor aos cofres públicos determinadas quantias, o que ocorre quando se julgar as contas irregulares havendo débito;[74] e 2) *sancionatória*, prevista no artigo 57 e 58 da Lei n. 8.443/93 e artigo 5º da Lei n. 10.028/2000 (Lei dos Crimes Fiscais).[75]

Só tem cabimento falar em responsabilidade jurídico-financeira se houver

---

[74] De acordo com EMERSON GOMES, "aos requisitos da responsabilidade civil, acrescenta-se o exercício da gestão de bens, dinheiros e valores públicos e a violação de normas pertinentes a esta atividade" (2012, p. 170).

[75] Conforme EMERSON GOMES, "a responsabilidade financeira sancionatória consiste na aplicação de multa ao responsável, em razão da violação às normas de gestão ou aos deveres de colaboração com o Tribunal de Contas" (2012, p. 178).

descumprimento de normas jurídicas relacionadas à gestão das finanças públicas, de sorte que esta responsabilidade jurídica, que corre paralelamente à responsabilidade administrativa, criminal, civil e por ato de improbidade administrativa, "tem por finalidade garantir a boa e regular aplicação e administração dos recursos públicos (ou equiparados[76])", devendo, ademais, ser processada e aplicada exclusivamente pelos Tribunais de Contas (GOMES, 2012, p. 44).

Frise-se que não apenas os gestores públicos estão sujeitos às sanções financeiras (responsabilidade financeira), mas também o *particular*, pessoa física ou jurídica, desde que dê causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário ou que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 5º, incisos I e II da Lei n. 8.443/93).

Essa constatação é importante para chamar à responsabilidade, também, os *rent-seekers* e não apenas os gestores públicos para responderem pelas perdas sociais da *rent-seeking*. Entendemos que a responsabilidade jurídico-financeira dos *rent-seekers*, pelo menos em relação à sanção de *multa proporcional ao dano causado*, encontra escoro no próprio texto da Constituição Federal (art. 71, inciso VIII), de sorte que ainda que eventualmente a Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 venha ser ab-rogada para se retirar a sanção de multa ou excluir dos particulares *rent-seekers* a responsabilidade financeira, remanescerá a possibilidade de aplicação desta sanção, já que estamos diante de uma sanção com *previsão expressa na Constituição*, de sorte que mesmo se eventual lei não previsse esta sanção, no mínimo, caberia interpretação conforme a Constituição para fazer valer o texto constitucional.

A multa proporcional ao dano causado ao erário é apenas uma entre as sanções que podem ser legalmente cominadas pelos Tribunais de Contas.[77]

Em se tratando de responsabilidade financeira sancionatória, as multas da Lei n. 8.443/92 estão previstas nos artigos 57 e 58, que guardam correspondência com os artigos 267 e 268 do Regimento Interno do TCU.

No caso que nos interessa mais de perto, pedimos vênia para a transcrição

---

[76] Como, por exemplo, cauções, depósitos, consignações, bens apreendidos.

[77] Há, ainda, a declaração de inidoneidade para licitar e a inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

do artigo 58 e dos artigos 16 e 19 que se inter-relacionam possibilitando a aplicação da sanção da multa *ainda que não haja imputação de débito* pelo Tribunal de Contas:

> **Art. 16 –** As contas serão julgadas:
> [...]
> III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:
> [...]
> b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
> c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
> [...]
> **Art. 58** – O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:
> I – contas julgadas irregulares de que não resulte débito, *nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei*;
> **Art. 19** – [...]
> Parágrafo único*. Não havendo débito*, mas *comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta Lei*. (Grifos nossos.)

Assim, uma vez comprovada *prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial* (art. 16, III, "b" da Lei n. 8.443/92) ou, ainda, *dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico* (art. 16, III, "c" da Lei n. 8.443/92), ambos perfeitamente aplicáveis nos casos de condutas *rent-seeking*, o Tribunal de Contas tem o *dever* de aplicar a penalidade de multa aos devidos responsáveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas, sejam gestores públicos ou agentes privados caçadores de rendas.

Impende afirmar que a mera constatação do dano já é suficiente para tornar a conta irregular (art. 16, da Lei n. 8.443/92), dando margem ao julgamento das contas pelo Tribunal de Contas e responsabilização dos envolvidos, nos termos do artigo 71, inciso II da CF-88.

Além disso, constatado eventual dano ou perda social, o § 2º do artigo 16, da Lei n. 8.443/92 prevê, expressamente, a responsabilidade *solidária*, podendo ter incidência, no caso, entre gestores públicos e *rent-seekers*.

Para garantir a efetividade desta sanção, pode o Tribunal de Contas se valer

de seu poder geral de cautela e determinar as medidas cautelares pertinentes a cada situação concreta sob análise – por exemplo, afastamento temporário do responsável e indisponibilidade de bens (art. 44 da Lei n. 8.443/92).

Vejamos sucintamente a responsabilização financeira dos rentistas e dos gestores públicos em razão da *rent-seeking*.

Como já afirmamos no decorrer deste trabalho, não é qualquer conduta comissiva de buscar a renda disponibilizada pelo Estado que pode ensejar a responsabilidade financeira pessoal do rentista pela ocorrência da *rent-seeking*.

Entendemos que sua conduta deve representar uma espécie de "desdiferenciação jurídica" ou, na linguagem da teoria dos sistemas sociais de LUHMANN, "corrupção de códigos", em que, por exemplo, códigos da afetividade, da amizade, da economia, da política, da ética passam a orientar a decisão da despesa pública que, como vimos, deve-se pautar pela norma *jurídica* da despesa pública.

Como assevera LUHMANN (2005, p. 137-138),

> un sistema juridico expuesto frecuentemente a las intromisiones – y quién negaría que esto sucede a menudo? – opera en el estado de corrupción. [...] El sistema se mantiene simulando legalidad, aunque no renuncia a la normatividad en general. No obstante, mediatiza el código derecho/no derecho anteponiendo una distinción al recurrir a *un valor de rechazo* (Gothard Gunther), que permite la subordinación oportunista a las elites capaces de imponerse.

De acordo com RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI (2011, p. 178),

> o problema da corrupção do código surge, portanto, quando uma instância de decisão acoplada estruturalmente a um sistema produz operações de outro sistema. Uma decisão corrupta é, por exemplo, uma decisão judicial (sistema de organização judiciária) que, ao invés de decidir sob a diferença direito/não direito, decide com base na diferença lucro/prejuízo (economia), sustentável/não sustentável (ecologia), amigo/inimigo (afetividade), situação/oposição (política), moral/imoral (ética) e etc. Como também será corrupta uma decisão bancária que não operou com base no código lucro/prejuízo, mas no código direito/não direito, poder/sujeição, moral/imoral e etc. A diferenciação funcional de cada sistema da sociedade garante a unidade operacional como unidade da diferença entre identidade e diferença. Qualquer violação a essa diferença, provocada por uma instância de decisão, pode então ser chamada corrupção.

Conforme DANIELA MIRANDA e RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI (2007),

> [...] ocorre corrupção quando uma decisão política, por exemplo, decide um caso sob critérios extrapolíticos (jurídicos, econômicos, ecológicos,

> religiosos, éticos, científicos, educativos...).[...] Uma decisão corrupta é, por exemplo, uma decisão judicial (sistema de organização judiciária) que, ao invés de decidir sob a diferença direito/não direito, decide com base na diferença lucro/prejuízo(economia), sustentável/não sustentável (ecologia), amigo/inimigo (afetividade), governo/oposição(política), moral/imoral(ética) e etc. A diferenciação funcional de cada sistema da sociedade garante a unidade operacional como unidade da diferença entre identidade e diferença. Qualquer violação a essa diferença, provocada por uma instância de decisão, pode então ser chamada de corrupção.

Assim, ao contrário da conduta comissiva necessária para a *configuração* do *rent-seeking*, para que haja a responsabilização financeira *do rentista*, ou seja, daquele que obteve a renda disponibilizada pelo Estado, é preciso que fique comprovada uma "interferência direta" na decisão jurídica da despesa pública, a ponto de que um critério distinto do lícito/ilícito passe a orientar a referida decisão. Trata-se, aqui, da desdiferenciação do Direito, ou seja, o Direito deixa de lado sua autonomia funcional e passa a se orientar por códigos de outros sistemas (v.g. Economia, política, afetividade, família etc.).

Aliás, parece-nos que vai ao encontro desta nossa afirmação o texto da Súmula 187 do TCU, que dispensa a tomada de contas especial quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por *pessoa estranha ao serviço público* e *sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público*.[78]

Havendo essa desdiferenciação em razão de uma conduta do rentista que interfere diretamente na decisão do gestor, pensamos basicamente na ocorrência de três consequências:

a) o gestor público deverá responder pela decisão tomada e suas consequências, até porque a decisão simplesmente deixa de ser jurídica;
b) a decisão tomada, endossando possível conduta *rent-seeking*, passa a acutilar, também, a livre-concorrência, um dos princípios constitucionais da ordem econômica (CF-88, art. 170, inciso IV);
c) o *rent-seeker* passa a ser responsável financeiramente pela perda social constatada.

Com efeito, a desdiferenciação jurídica acaba retratando hipótese de

---

[78] Em sentido semelhante: EMERSON CESAR DA SILVA GOMES (2012, p. 211).

malferimento à isonomia, beneficiando "sem razão suficiente"[79] determinados rentistas em detrimento de outros.

Cabe lembrar que à diferença da livre iniciativa, fundamento da ordem econômica (CF-88, art. 170, *caput*), que se escora no primado da liberdade, a livre-concorrência funda-se na *isonomia*, pois a ideia é justamente "criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu artigo 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica" (SCAFF, 2014, p. 302).

FERNANDO FACURY SCAFF observa que "para que possa existir livre-concorrência, é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado" (SCAFF, 2014, p. 302).

Nesse contexto, a conduta *rent-seeking* pode significar atropelo ao princípio da livre-concorrência quando a conduta rentista representar desdiferenciação jurídica na decisão sobre o dispêndio do recurso público e, apenas nesse caso, poderá o rentista ser responsabilizado financeiramente pela *rent-seeking*.

Desse modo, é indispensável que a conduta ocasione uma *corrupção na decisão jurídica que decide pela realização de determinada despesa pública*, muito embora essa desdiferenciação seja dispensável para a *configuração* propriamente da *rent-seeking*, como vimos. Por isso, não é incomum relacionar a *rent-seeking* com figuras *penais* como a corrupção.[80]

Todavia, ao nosso sentir esta relação *não é* necessária e muito menos suficiente quanto se poderia imaginar, seja para a responsabilidade do rentista ou do gestor público, seja para a própria configuração da *rent-seeking*, pois pode haver *rent-seeking* independentemente da existência de crime de corrupção e vice-versa. São âmbitos materiais e de responsabilização completamente distintos. Basta pensar, por exemplo, em uma sentença penal transitada em julgado condenando

---

[79] De acordo com ROBERT ALEXY,

> una diferenciación es arbitraria y está por ello prohiida cuando no es posible encontrar una razós calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón es descrita de múltiple manera. [...] tiene que haber una razón suficiente para las justificaciones, que las justifique y que la cualificación de la razón como suficiente es un problema de valoración". Assim, aponta que "si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamento igual", bem como "si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual". (ALEXY, 2002, p. 395-397.)

[80] Nesse sentido: FELIPE GUATIMOSIM MACIEL (2005).

determinada pessoa por corrupção ativa sem que haja qualquer mensuração de eventuais perdas sociais decorrentes da conduta. Uma coisa não leva, necessariamente, a outra.

O que pode perfeitamente ocorrer é um diálogo, um intercâmbio, uma troca de informações entre os órgãos de controle que atuam na esfera criminal e na financeira, administrativa e judicial, para que os órgãos de controle da atividade financeira do Estado, a partir de provas colhidas em outras searas e sob o crivo do contraditório, possam construir a norma jurídica e a norma de decisão adequada às competências que a Constituição Federal lhes conferiu.

Aliás, nesta linha, considerando que um *mesmo fato* – por exemplo, *rent-seeking* – pode eventualmente ensejar *responsabilidades diversas*, importa observar que qualquer reparação realizada no âmbito penal, administrativo, civil ou da improbidade administrativa deve ser compensada na multa ou reparação do dano aplicada pelo Tribunal de Contas (responsabilidade financeira).

Neste caso, uma vez suficientemente comprovada a prática de corrupção na esfera penal, seja no âmbito de um inquérito policial ou de provas produzidas durante a instrução criminal, esta prova poderia servir como indício de conduta *rent-seeking* bastando, para "fechar o diagnóstico" da *rent-seeking*, a configuração/mensuração da perda social, realizada pelos órgãos de controle a partir da concretização do artigo 70 da Constituição Federal, especialmente na realização de fiscalização operacional, orçamentária e financeira pelo viés da economicidade e eficiência.

De todo modo, para fins de imputação da responsabilidade *ao rentista* entendemos ser necessárias, cumulativamente, três exigências:

a) que a conduta comissiva para a obtenção/manutenção/expansão da renda seja desdiferenciada juridicamente, de sorte que, para fins de responsabilidade do rentista pelo *rent-seeking*, podem ser absolutamente úteis informações coletadas por outros órgãos de controle, dando conta, por exemplo, da prática de atos de improbidade administrativa ou crimes contra a Administração Pública (v.g. Receita Estadual e Federal, Ministério Público, Polícia Judiciária Federal e Estadual etc.);
b) que seja constatada perda social decorrente da renda

obtida/expandida/mantida;

c) que haja liame entre a renda obtida/expandida/mantida e a perda social verificada.

Só assim, ao nosso entender, poderá o rentista ser responsabilizado pela *rent-seeking*, sob pena de cair em uma responsabilização objetiva sem qualquer base jurídica.

Frise-se que a Constituição Federal expressamente possibilita que seja aplicada *aos responsáveis* a sanção de *multa proporcional ao dano causado* no caso de *ilegalidade de despesa* ou *irregularidade* de contas (CF-88, art. 70, inciso VIII).

Não há maior "ilegalidade de despesa" que aquela que atropela princípios constitucionais que sustentam todo o arcabouço normativo financeiro, que espicaça um dos pilares da ordem econômica (princípio da livre-concorrência), que apezinha grotescamente o princípio republicano (CF-88, art. 1º e art. 34, inciso VII), desdobrado na exigência do controle de resultado (economicidade/eficiência) do gasto público (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso IV).

Além disso, como dito, havendo constatação da perda social ou dano, *a conta necessariamente torna-se irregular*, nos termos do artigo 16 da Lei n. 8.443/92.

É preciso frisar, outrossim, que a Constituição Federal não distingue, para fins de responsabilização, o *rent-seeker* do gestor público, de sorte que ambos podem ser responsabilizados na medida de suas culpabilidades. E mais: o próprio texto constitucional já prevê a sanção da multa proporcional ao dano causado, que é precisamente aquilo que interessa no âmbito do controle da *rent-seeking*, uma vez mensurada a perda social causada pela conduta rentista.

Tudo passa, portanto, por uma adequada construção da norma jurídica da despesa pública e, aqui, especificamente, a chamada norma secundária ou sancionatória, levando-se em conta (e a sério) o próprio texto constitucional. A responsabilização financeira do gestor público pela prática do *rent-seeking* funda-se no princípio republicano, no dever de prestação de contas, no exercício responsável de sua função administrativa.

Com efeito,

> difunde-se entre nós o conceito de *accoutability* [...], o qual projeta a prestação de contas do gestor para além dos limites formais da burocracia, responsabilizando-o perante a sociedade, e pressupondo mecanismos de salvaguarda da sociedade contra excessos de poder. (RIBEIRO, 1997).

A responsabilização deve ser pessoal e jamais recair sobre a pessoa jurídica de direito público a qual pertence o gestor, pois simplesmente não faria qualquer sentido que, novamente, a sociedade, via orçamento público, arcasse com esta responsabilização.

Nesse sentido é oportuno citar LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA quando afirma que

> [...] a melhor forma de lutar contra o clientelismo e outras formas de captura do Estado é dar um passo adiante e tornar o Estado mais eficiente e mais moderno. É preciso lutar contra a corrupção e o desperdício, mas essa luta não alcança êxito se nos limitamos a travar a administração pública com controle e mais controles. Em vez disso, é preciso combinar confiança com controles, dar mais autonomia ao gestor público e torná-lo mais responsável pelos seus atos. (BRESSER-PEREIRA, 2004, p. 13.)

Esta combinação apontada pelo autor nos parece muito interessante pois apregoa a manutenção e o aprimoramento dos controles, sem que haja excesso ou sobreposições inúteis, ao mesmo tempo em que é dada mais autonomia ao gestor público, tornando-o mais responsável por seus atos.

O dever do gestor púbico de prestar contas vem expresso no artigo 70, parágrafo único da Constituição Federal, muito embora este enunciado seja apenas um desdobramento irrefutável do princípio da república, de sorte que, mesmo que não existisse, ainda assim haveria o dever de prestação de contas por parte daquele que utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra dinheiro, bens ou valores públicos.

Correspectivamente, a mesma Constituição prevê a possibilidade de os órgãos do controle externo aplicarem sanções aos responsáveis nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (CF-88, art. 71, inciso VII).

Antes mesmo da Constituição Federal, já consta da Lei n. 4.320/64 a previsão, tanto em relação ao controle interno (art. 76) como ao controle externo (art. 81), de que o controle da execução orçamentária compreende a *legalidade dos atos que resultem a realização de despesa*, bem como a *fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos* (art. 75, inciso I e II).

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES,

> o dever de prestar contas é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios [...] no caso do

> administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um *múnus público*, isto é, de um encargo para com a comunidade. (MEIRELLES, 1993, p. 92-93.)

A exigência legal da *fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos* durante o controle da execução orçamentária (art. 75, inciso II, da Lei 4.320/66) não se trata de um jogo de palavras ou mera retórica legislativa. Trata-se de uma decorrência direta e imediata do princípio constitucional republicano, exigindo máxima aderência e vinculação da execução orçamentária não apenas às leis orçamentárias,[81] mas, sobretudo, ao texto constitucional, único antídoto para lidar com a insuficiência da atuação estatal na consecução dos direitos fundamentais, especialmente aqueles cujos titulares são comunidades inteiras (direitos difusos), atuais ou futuras.

É preciso, pois, que fique cristalina, durante todo o ciclo orçamentário e, em especial, na execução do orçamento público, uma das singularidades do Direito Constitucional apontadas por KONRAD ESSE, quer seja, a *garantia imanente* que significa que a Constituição não depende senão de sua própria força e das suas próprias garantias, sendo fundamental que se crie um sistema "que gravite sobre si mesmo e comporte os pressupostos necessários para prevalecer" e, para isto, é necessário que cada órgão estatal se submeta "voluntariamente à Constituição, e que reconheça e cumpra com todas as suas responsabilidades para fazê-la observar" (HESSE, 2013, p. 12).

Obviamente, a função das atividades de controle externo das finanças públicas vai muito além da apuração de responsabilidades e imposição de sanções. Antes de sancionar, a ideia é justamente fortalecer o entrosamento entre o controle interno e externo, evitando que se chegue ao ponto da responsabilização.

Não é demais ressaltar que a constatação da *rent-seeking* (e, aqui, evidentemente, referimo-nos, como sempre, à conduta rentista *mais* a perda social devidamente mensurada) pode revelar, uma vez considerado o custo da perda social na construção da norma jurídica da despesa pública, que os limites quantitativos do gasto público fixados na lei orçamentária, por exemplo, foram desatendidos, de modo que *a despesa pública executada ou em execução torna-se*

---

[81] Nesse sentido: ÉLIDA GRAZIANE PINTO (2014).

desguarnecida ou não autorizada legalmente, podendo eventualmente dar azo, também, à responsabilização por ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso IX da Lei Federal n. 8.429/92) e à responsabilização penal (art. 359-D do Código Penal[82]).

[82] Art. 359-D – Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

4 CONCLUSÕES

A partir dos conceitos elencados por vários economistas, para os fins da presente tese definimos *rent-seeking* como o comportamento comissivo e intencional de pessoas que, atuando individualmente ou através de grupos, por um determinado período de tempo, de modo isolado ou em conjunto, mediante a utilização de recursos pecuniários ou não, pressionam, direta ou indiretamente, o Estado com o propósito de obter, manter ou expandir a renda econômica disponibilizada a partir da intervenção estatal na ou sobre a economia, gerando perdas sociais em casos concretos.

Na decomposição conceitual temos o seguinte:

a) **comportamento comissivo e intencional de pessoas, que atuam individualmente ou através de grupos** – trata-se sempre de um comportamento positivo, ou seja, uma atuação, um fazer realizado por um indivíduo, isoladamente ou mediante ações de grupos empresariais, organizações que se aliciam com uma intenção específica. Não é possível *rent-seeking* por meio de condutas omissivas, pois é sempre a partir de comportamentos positivos (não é por outra razão o termo "*seeking*") que os grupos de interesses podem eventualmente ser beneficiados com as rendas advindas da intervenção do Estado na/sobre a economia. Além disso, a busca à renda é um comportamento necessariamente doloso, intencional, não havendo espaço para culpa em qualquer de suas modalidades. O dolo do *rent-seeker* está exatamente na obtenção, manutenção ou expansão da renda econômica;

b) ***p*or um determinado período de tempo, de modo isolado ou em conjunto** – a atuação dos indivíduos ou grupos empresariais ocorre por um determinado período de tempo, antes, durante ou mesmo após a obtenção efetiva da renda e pode ocorrer isoladamente, quando determinado indivíduo ou grupo, sozinho, emprega recursos na atividade de busca à renda, para si ou para outrem, o que pode inclusive favorecer terceiros que se beneficiarão pela atuação dos *rent-seekers*, ou seja, pegarão carona (*free rider*) em condutas *rent-*

seeking. Além disso, indivíduos ou grupos podem se unir a outros *rent-seekers* para dividir a fatia do bolo. Tendo como referência o orçamento público, o comportamento *rent-seeking* pode ocorrer, fundamentalmente, em dois momentos do ciclo orçamentário:

- antes da fixação da despesa pública no projeto de lei orçamentária, com a finalidade de obter o benefício, sua manutenção ou expansão. Nesta fase, a atividade dos *rent-seekers* ocorre normalmente no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo, pressionando tais poderes *para a fixação da despesa pública* num ou noutro sentido;

- após a fixação da despesa pública na lei orçamentária e/ou sua efetiva realização, com o escopo de obter o benefício, expandir ou manter aquele já obtido (inclusive contra outros grupos econômicos que também pleiteiam o benefício), também através do Poder Executivo (v.g. alguns contratos administrativos que se assemelham a verdadeiros monopólios; instrumentos de flexibilidade orçamentária com *pouca* ou *pouquíssima* intensidade parlamentar) e Poder Legislativo (v.g. através de instrumentos de flexibilidade orçamentária com *forte* intensidade parlamentar);

- antes ou após a LOA fixando as despesas, também pode eventualmente ocorrer ações de rentistas(não necessariamente acarretando *rent-seeking*) *no âmbito do Poder Judiciário*, mediante a utilização de ações *coletivas* (v.g. ação civil pública) para atendimento de determinada política pública em benefício de específico grupo de pessoas ou, pior, com o manejo de ações *individuais*, numa espécie de captura orçamentária individual, carreando os custos dos atendimentos sempre ao orçamento público, ou seja, para toda a coletividade;

c) **mediante a utilização de recursos pecuniários ou não** – o comportamento *rent-seeking* pressupõe o dispêndio de recursos por parte dos *rent-seekers* para a futura obtenção, expansão ou manutenção da renda pretendida, o que não conduz necessariamente ao desembolso *de dinheiro*, podendo ser considerado no cômputo desta atividade, como por exemplo o desperdício de talentos empregados na atividade, gastos realizados para a realização de

contatos políticos, tempo e energia despendida em todo o processo por parte dos *rent-seekers* que poderiam estar sendo direcionados para a atividade produtiva e geração de riquezas;

d) **pressionam, direta ou indiretamente, o Estado** – existe toda uma força propulsora por parte dos *rent-seekers* para conseguirem o que buscam. Esta pressão pode ser direcionada diretamente a agentes estatais, no caso, aos tomadores de decisão acerca do gasto público, ou indiretamente, quando, por exemplo, os *rent-seekers* fazem uso de lobistas ou intermediários para chegarem até aos tomadores de decisão e os influenciarem no sentido da decisão que lhes interessam;

e) **com o propósito de obter, manter ou expandir a renda econômica** – finalidade última da atividade *rent-seeking* é a *obtenção* da renda econômica, mas também pode ser verificada quando o propósito for sua *manutenção*, ou seja, para preservar o *status quo* da renda já obtida ou, ainda, a *expansão* ou aumento da renda econômica. Muitas vezes, a expansão da renda pode ser considerada verdadeira obtenção, por exemplo, na ampliação do benefício tributário para outros setores econômicos, portanto, para novos grupos que não tinham acesso ao benefício;

f) **disponibilizada a partir da intervenção estatal na e sobre a Economia** – no âmbito público, o comportamento *rent-seeking* pressupõe a intervenção do Estado *na* economia (Estado atuando como agente econômico, participando diretamente do domínio econômico, seja exclusivamente ou em concorrência) ou *sobre* a economia (o Estado regulamentando a atividade econômica, de modo determinante ou indutivo). Quando o Estado intervém no domínio econômico, seja incentivando determinado setor com isenções tributárias, fomentando determinadas atividades, concedendo créditos subsidiados a específicas empresas ou firmando contratos administrativos com particulares para a prestação de serviços públicos ou construções de obras públicas, dá margem para a busca ou a competição pela eventual renda econômica;

g) **gerando perdas sociais em casos concretos** – a conduta *rent-*

seeking, a partir da concepção que TULLOCK lhe deu, não prescinde de um resultado, que é a *perda social*. A ideia de perda social em razão de condutas *rent-seeking* é construída a partir da constatação de que todo esforço e energia para a obtenção da renda econômica disponibilizada pelo Estado estariam voltados exclusivamente para sua simples transferência para determinados grupos de pressão, ao invés de produção de novas riquezas, estímulos à competitividade e inovação no mercado de produtos e serviços, ou seja, as rendas auferidas por poucos seriam custeadas por toda a sociedade, mas sem qualquer retorno social, pelo contrário*, gerando efetivas perdas sociais*. Perdas sociais podem ou não ser consequências de comportamentos rentistas, daí a conhecida distinção entre *rent-seeking* e *profit-seeking*, sendo este último o comportamento de pessoas que tentam maximizar seus retornos a partir de suas próprias capacidades ou oportunidades, mas, ao contrário da *rent-seeking*, é benéfico socialmente, ou seja, produzem-se riquezas e não apenas transferem-se riquezas do Estado para o particular:

- a conduta *rent-seeking*, como nos chamados crimes materiais, apenas se consuma com a *produção do resultado naturalístico* que, no caso, ocorre com a *verificação em concreto da perda social*, exigindo-se *pelo menos* a culpa do rentista em relação a este resultado, ou seja, dolo na conduta rentista e, pelo menos, culpa no resultado socialmente danoso. Deve ficar devidamente comprovado o liame entre a perda social e a conduta rentista, sob pena de termos que considerar como *rent-seeking* casos fortuitos ou de força maior que ocasionem perdas sociais. A responsabilidade financeira, em se tratando de *rent-seeking,* não é objetiva, de sorte que se torna imprescindível, pelo menos, a comprovação da culpa do rentista para responsabilizá-lo;

- se houver *indiferença* do rentista em relação ao resultado (perda social), restará configurado seu *dolo*, no caso, *indireto*, na modalidade eventual, que ocorre justamente quando o sujeito, com sua conduta, muito embora não queira diretamente o resultado, *assume o risco da sua produção*, sendo-lhe indiferente se haverá ou não perda social

advinda da sua conduta. Por trás dessa indiferença do rentista, leia-se: dolo indireto, reside nada menos do que uma típica atitude antirrepublicana, alimento de toda conduta *rent-seeking*;

- nem sempre *lobbying*, atos de improbidade administrativa ou crimes contra a Administração Pública configurarão *rent-seeking*. Se, a despeito da existência destas condutas, não ficar minimamente comprovada a *perda social*, não há falar em *rent-seeking*. Os conceitos, portanto, não são necessariamente correspondentes;

- perda social diz respeito à perda *da sociedade*, portanto, atinge diretamente um direito *difuso* que pertence a toda uma coletividade, presente *e futura*, sendo algo mais amplo que “perdas ao erário”, que repercute *diretamente* no direito de cada pessoa jurídica de direito público, muito embora também tenha *reflexos* nos direitos difusos. No caso da *rent-seeking*, as perdas são *difusamente* sentidas por toda a sociedade, reverberando inclusive intergeracionalmente (não crescimento econômico *no longo prazo*), daí a sua grande dificuldade de quantificação;

- o comportamento *rent-seeking* deve ser analisado, necessariamente, sempre dentro de um contexto concreto, pois só assim entendemos ser possível eventual conclusão de que referida atividade causa perdas sociais. O controle do *rent-seeking* a partir de cada específica situação em concreto é fundamental, pois todo o recurso empregado pelos rentistas para a aquisição, manutenção ou expansão da renda disponibilizada em razão da intervenção estatal, o que *em tese* poderia ter um custo social à vista da improdutividade de riqueza, pode ter uma significância apequenada diante dos eventuais benefícios advindos à sociedade no decorrer, por exemplo, da execução do contrato administrativo que deu azo à competição pela renda. Tudo isto é necessário que seja analisado. É imprescindível, portanto, uma constatação empírica, uma verificação histórico-temporal, ou seja, uma avaliação séria sobre a *qualidade* do gasto público, o que deve ser realizado pelos setores técnicos dos órgãos de controle da atividade financeira do Estado, especialmente Tribunal de Contas e Ministério

> Público de Contas, quando se analisa a economicidade/eficiência do gasto público (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso II).

É equivocado fazer uma vinculação necessária e apriorística entre atividades rentistas e condutas *rent-seeking*, como se toda e qualquer busca ou caça à renda, *per se*, acarretasse perdas sociais e, portanto, pudesse ser entendida como *rent-seeking*.

O fato de haver referidas benesses fiscais por parte do Estado, atividades promocionais ou de fomento visando estimular determinadas atividades particulares, não nos permite afirmar que, necessariamente, houve *rent-seeking*. Sustentar o contrário, além de representar uma análise metafísica da atividade *rent-seeking*, também escanteia da análise um de seus componentes essenciais: a perda social, dificultando ainda mais a distinção entre *profit-seeking* e *rent-seeking*. Em outras palavras: para que se esteja diante desta atividade é indispensável a verificação concreta e a mensuração, ainda que aproximativa, da perda social ocasionada. Sem estas informações, qualquer alusão ao *rent-seeking* torna-se equivocada e distante da realidade.

Em decorrência da ausência de uma sólida cultura republicana em solo brasileiro, entendemos haver uma *propensão* ao *rent-seeking*, com fortíssimos indícios de que esteja acontecendo este fenômeno entre nós, desde priscas épocas. Enquanto inexistir no Brasil um controle, interno e externo, da atividade financeira do Estado que verdadeiramente atenda às exigências da Constituição Federal (CF-88, arts. 70, 71 e 74), em especial a análise da economicidade e eficiência do gasto público, daquilo que (não) está tendo retorno positivo para a sociedade, simplesmente não há como se afirmar a existência de *rent-seeking*.

Esta ausência do controle da atividade financeira do Estado de acordo com o texto da Constituição Federal acaba por revelar certa indiferença do Direito Financeiro para com a *rent-seeking*.

A invisibilidade do Direito Financeiro em relação ao *rent-seeking* decorre, basicamente, de uma postura que ainda é *preponderante* na doutrina, na jurisprudência, bem como na prática da atividade de controle de considerar a despesa pública apenas sob um aspecto formal, contábil, ou seja, como fixação de montante pecuniário no orçamento público, *considerando a lei orçamentária anual a*

própria norma jurídica e, portanto, fazendo vista grossa a toda realidade circundante que sempre está por trás da despesa pública formalmente considerada, ignorando os possíveis efeitos sociais negativos de condutas rentistas que, no limite, poderiam negar os próprios montantes fixados no orçamento a título de despesa pública se fossem considerados os seus custos.

O comportamento *rent-seeking* só deixará de ser algo invisível ao Direito Financeiro no momento em que a despesa pública for efetivamente encarada como *norma jurídica* e não apenas como um montante ou uma quantia em dinheiro, contábil e formalmente fixada no orçamento público. Muito do atraso do Direito em relação à Economia neste assunto tem origem na equivocada equiparação da lei orçamentária à norma jurídica, da mera alocação orçamentária da despesa pública em sentido estrito à norma jurídica da despesa pública.

É imprescindível que os órgãos incumbidos pelo controle interno (CF-88, art. 74) e externo (CF-88, art. 71) da atividade financeira do Estado rezem rigorosamente a cartilha constitucional (CF-88, art. 70), realizando uma fiscalização financeira, orçamentária e operacional que leve em conta aspectos da economicidade e eficiência do gasto público.

Quando, num Estado de Democrático de Direito, fazemos a opção por observar a despesa pública como norma jurídica, a responsabilidade e a tarefa de construção desta norma fica enormemente redobrada, pois devemos levar seriamente em consideração os enunciados trazidos pela CF-88, não apenas a literalidade dos enunciados contidos na lei orçamentária.

Existe uma configuração constitucional da despesa pública que, de forma alguma, pode ser menosprezada no desenvolver da atividade financeira do Estado, de sorte que a norma jurídica da despesa pública deve ser construída necessariamente em conexão com a chamada Constituição Financeira.

É preciso deixar claro se ao se referir ao termo “gasto público” ou “despesa pública” se está a indicar o *montante em pecúnia* destinado para determinada necessidade pública ou a *norma jurídica concretizada* a partir dos textos e do caso, portanto, devidamente construída pelos gestores públicos e órgãos de controle a partir de cada caso que lhe é submetido, dando azo à norma de decisão que finaliza o processo de concretização.

Os aportes da teoria estruturante de FRIEDRICH MÜLLER são de suma

importância quando pretendemos observar a *rent-seeking*, pois esta conduta, identificada pela Economia, simplesmente não tem como ser analisada sob um prisma abstrato, em termos meramente formais, sem a análise, aqui e agora, da situação empírica, com todas as suas nuances sociológicas, antropológicas, econômicas e, evidentemente, jurídicas. Com efeito, não há como se afirmar, de modo minimamente sério, que determinada conduta (v.g. recebimento de créditos subsidiados por determinadas empresas, benefícios fiscais concedidos a específicos setores empresariais ou mesmo a prática de corrupção ativa para lograr êxito em alguma licitação milionária) seja, *in re ipsa*, *rent-seeking*, pois a própria conceituação de *rent-seeking* torna necessário "passar a régua", "fechar a conta", ou seja, avaliar concretamente todos os fatos e as suas possíveis consequências e, ao final, concluir afirmativamente pela perda social.

Para que seja possível apreender o comportamento *rent-seeking*, a despesa pública deve ser observada não como um ato ou procedimento (administrativo) de aplicação por parte da Administração Pública, nem muito menos apenas como uma quantia ou montante em pecúnia fixado em lei orçamentária e despendido pela Administração Pública, mas como uma norma jurídica.

Sintaticamente, a norma jurídica primária é composta por duas proposições (norma primária e norma secundária), onde a ocorrência fática da primeira, que descreve determinada situação, implicará na segunda proposição, que instaura uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos. Esta estrutura está presente em todas as normas jurídicas (princípio da homogeneidade sintática).

Uma vez verificada concretamente a hipótese normativa da norma jurídica da despesa pública, que pode descrever *diversos fatos* (suportes fáticos complexos), instaura-se uma relação jurídica que vincula geralmente uma pessoa jurídica que irá receber determinado recurso público para cumprir específica obrigação satisfazendo determinada necessidade coletiva, que fora previamente planejada, à pessoa jurídica de direito público que irá arcar com o respectivo custeio.

O recebimento de qualquer recurso público por uma das partes da relação jurídica seja, por exemplo, na forma de crédito público subsidiado, de receita pública renunciada ou como contraprestação da execução de serviço público, venda de bem ou realização de obra pública, é sempre acompanhado de um *dever republicano* que se funda, basicamente, no artigo 1º da Constituição Federal quando se estabelece

que o Brasil é uma República constituída em Estado Democrático de Direito.

A obediência aos preceitos republicanos foi reforçada no texto da Constituição Federal, restando prevista expressamente em dois momentos muito especiais: já no primeiro artigo da Constituição Federal, prevendo a forma republicana do governo brasileiro e no artigo 34, inciso VII, “a”, quando determina que a inobservância do princípio constitucional da república pode ensejar uma das mais graves exceções à federação, ou seja, a decretação de intervenção federal (CF-88, art. 36, inciso III).

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a *promoção do bem de todos*. No referido dispositivo não consta que o objetivo da República Federativa do Brasil seja a promoção do bem *de alguns*, leia-se, no nosso caso, a promoção apenas do bem daqueles que estão vinculados ao Estado na relação jurídica prescrita no consequente normativo da norma jurídica da despesa pública. A promoção não é, portanto, do bem exclusivamente dos rentistas que obtêm suas rendas do orçamento público.

Estes dois dispositivos constitucionais (art. 1º e art. 3º, IV) iluminam intermitentemente a atividade financeira do Estado e lançam fortes luzes exatamente no consequente normativo da norma jurídica da despesa pública, especificamente nas condutas das partes que figuram na relação jurídica e nos efeitos sociais.

Quem se propõe a se relacionar juridicamente com o Estado, especialmente quando se está em jogo o recebimento de recursos públicos para a satisfação de necessidades coletivas, pressupõe-se estar bem ciente deste princípio republicano e das suas consequências no plano jurídico.

Para uma sociedade que se baseia no princípio republicano, não pode haver espaço para aventuras ou erros de direito à custa do orçamento público. Todas as históricas ideias republicanas somadas ao objetivo de promover o bem de todos formam um sólido e permanente pano de fundo para a relação jurídica prevista na norma da despesa pública.

É a partir da forma de governo republicana, expressamente assumida pela Constituição Federal e ratificada pela população brasileira no dia 7 de setembro de 1993 (art. 2º, *caput*, do ADCT), que o substantivo ‘república’ pode indicar o sentido de seu adjetivo, ou seja, o *comportamento* ou *espírito republicano* que a Constituição Federal exige de todos os atores que figuram ou venham a figurar na

relação jurídica prevista no consequente da norma jurídica da despesa pública.

É indispensável e inadiável que haja no Brasil mais compromisso republicano no trato com a *res publica*, especificamente no desenvolver da atividade público-financeira, o que pressupõe a passagem por uma espécie de "filtragem constitucional" do planejamento orçamentário focado na tutela dos interesses difusos e da gestão da coisa pública que pretenda ter um mínimo de seriedade, tudo desaguando na águas do controle financeiro e orçamentário da atividade financeira que deve retroalimentar o planejamento orçamentário.

O problema do comportamento *rent-seeking* permite a ligação com as despesas públicas e, em especial, com a semântica da qualidade do gasto público, que deveria ser tratada com prioridade, seriedade e rigor no âmbito do controle.

O consequente normativo da norma primária da despesa pública tem uma especificidade, ou seja, um critério a mais, por exemplo, em relação ao consequente da norma jurídica tributária: o critério qualitativo, ao lado do critério pessoal e prestacional/quantitativo.

O critério qualitativo, relacionado à economicidade, à eficiência, enfim, à qualidade do gasto público, inserto no consequente da norma jurídica da despesa pública, compõe, ao lado do critério pessoal e do prestacional, o *conteúdo mínimo para a construção da norma*, de modo que não é juridicamente aceitável compreender a despesa pública alijada desse aspecto qualitativo. Simplesmente, sem este prisma de análise, a despesa pública se desconfigura, pois trata-se de uma imposição constitucional (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso II) e uma decorrência direta do princípio republicano (CF-88, art. 1º e art. 34, VII, "a") para cumprimento dos objetivos previstos expressamente no art. 3º da CF-88. Trata-se de uma chave importante que pode desencobrir o véu do Direito Financeiro para as condutas *rent-seeking* e alinhar conteudisticamente as leis orçamentárias à Constituição Federal e as normas jurídicas da despesa pública com suas respectivas normas de decisão às leis orçamentárias.

As ideias republicanas, especialmente a responsabilidade para com a sociedade e o compromisso na gestão da coisa pública, tanto por parte do próprio gestor como daquele que com o Estado se relaciona, devem ser levadas a sério na concretização de toda e qualquer norma jurídica que prescreva uma relação de administração em seu consequente normativo, especialmente aquela que se verifica

no exercício da atividade financeira do Estado, em especial a norma jurídica da despesa pública, umbilicalmente atrelada que está na consecução direta de direitos fundamentais, sejam coletivos ou difusos.

As ideias republicanas, que deveriam ser concretizadas por comportamentos ou posturas republicanas em todas as diversas relações jurídicas travadas no âmbito da Administração Pública e regidas pelo Direito Público, tem sido, de longe, as mais espezinhadas e desprezadas, seja pela própria Administração Pública, seja pela parte que com ela se relaciona juridicamente, tornando a constatação ainda mais evidente quando são examinadas as finanças públicas, onde ainda predomina fortemente um olhar jurídico preso ao exegetismo do século XIX, em que a despesa pública não passa de um montante pecuniário fixado na lei orçamentária para o atendimento de alguma necessidade coletiva, onde se confunde texto com norma e, consequentemente, as atividades dos órgãos de controle (interno e externo) ainda atuam acentuadamente (quando não exclusivamente) sobre aspectos formais, subsumindo os fatos às análises contábeis orçamentárias, em vez de se enveredaram pelo caminho mais adequado constitucionalmente (mas bem mais complexo!) de construir a norma jurídica da despesa, a partir do caso concreto que lhe é apresentado.

É preciso fazer acontecer a Constituição na construção da norma jurídica da despesa pública e isto só é possível se for realmente levado a sério o princípio republicano e sua decorrência direta no Direito Financeiro: o artigo 70 da Constituição Federal. Esse artigo apresenta aspectos qualitativos a serem levados em conta por ocasião da decisão jurídica sobre a despesa pública, abrindo um horizonte pós-positivista para a sua concepção jurídica, para muito além de aspectos meramente formais do gasto público. Trata-se de uma clara imposição constitucional aos intérpretes da Constituição para se ter um olhar pós-positivista no estudo do Direito Financeiro, pois joga para dentro da norma da jurídica da despesa a ser construída toda a rica e vasta faticidade que circunda a despesa pública e, mais que isto, possibilita a construção de cenários futuros a serem cotejados no momento da concretização da norma jurídica, permitindo dar toda a visibilidade jurídica, por exemplo, ao *rent-seeking*.

A construção de qualquer norma jurídica da despesa pública, que deve escorar qualquer decisão jurídica sobre o gasto público, não pode prescindir daquilo

que podemos chamar de tripé constitucional da despesa pública que é, fundamentalmente, o princípio republicano, o controle das finanças públicas bem como os objetivos constitucionais a serem perseguidos pela República: artigo 1º, artigo 3º e artigo 70/74 da Constituição Federal de 1988. Os enunciados desses dispositivos constitucionais, muito embora não se refiram diretamente à execução orçamentária ou à decisão sobre o gasto público, não podem ficar distantes da composição da norma jurídica da despesa pública.

Quando o texto constitucional determina que o controle da atividade financeira do Estado, realizado no âmbito financeiro e operacional, leve em conta a economicidade, bem como avaliando-se o resultado da gestão financeira quanto à eficácia (realização das metas programadas) e à eficiência (máximo de rendimento sem desperdício de gastos e tempo), temos um significado jurídico muito evidente: a Constituição Federal *não admite* gasto público antieconômico, ineficiente ou ineficaz.

Não faria qualquer sentido a Constituição Federal adotar expressamente a República como princípio orientador de toda a atividade estatal, elencar objetivos a serem perseguidos, prever expressamente a fiscalização financeira, operacional e orçamentária da atividade financeira do Estado, bem como o controle do resultado do gasto público, avaliando-o quanto à economicidade (CF-88, art. 70, *caput*), quanto à eficácia e eficiência (CF-88, art. 74, II) e, simultaneamente, admitir juridicamente que esse mesmo gasto pudesse ser antieconômico, ineficiente ou ineficaz.

É acertado situar o controle da atividade financeira do Estado no rol das garantias dos direitos fundamentais, já que a concretização de qualquer direito social fundamental pelo Estado exige, necessariamente, o dispêndio de recursos públicos, normalmente pela via do orçamento público.

Ao se inserir o controle da atividade financeira do Estado no âmbito das garantias dos direitos fundamentais, arrastamos para a seara do controle o artigo 60, § 4º da CF-88, tornando-o cláusula pétrea.

Só podemos falar de um orçamento público voltado para o atendimento e a concretização de direitos fundamentais, coletivos ou difusos, quando temos um planejamento orçamentário que seja verdadeiramente retroalimentado por uma atividade de controle pautada no texto constitucional que possa corrigir distorções, coibir excessos, evitar arbitrariedades no exercício da atividade financeira do Estado

para, ao fim e ao cabo, fazer com que a decisão jurídica sobre gasto público permaneça nos trilhos da Constituição Federal, concretizando-a em prol da coletividade.

A garantia de um rigoroso e constitucionalmente adequado controle das finanças públicas, nos exatos termos do que determina o artigo 70 da Constituição Federal, permite-nos inserir esta garantia fundamental no chamado microssistema de tutela do custeio dos direitos fundamentais, sendo ela, abaixo do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), o maior garante deste microssistema, evitando decisões jurídicas sobre o gasto público que possam se afastar da Constituição ou, não sendo isto possível, responsabilizando os responsáveis pela má utilização dos recursos públicos, sancionando-os financeiramente.

Num ambiente onde todos os poderes estão submetidos à Constituição tendo, pois, responsabilidades para a concretização do texto constitucional, e a partir de um paradigma onde não há sinonímia entre texto e norma, não se pode alijar do Tribunal de Contas a possibilidade de exercer o controle em concreto de constitucionalidade, especialmente em sua função judicante, quando da construção da norma jurídica da despesa pública e da respectiva norma de decisão.

A norma de decisão do Tribunal de Contas deve ser comunicada aos gestores públicos e particulares que com o Poder Público se relacionem para a eventual tomada de providências, por exemplo, suspendendo o contrato administrativo cuja despesa pública foi considerada inconstitucional, de sorte que o órgão controlador, pelo fato de exercer o controle de constitucionalidade no caso concreto e compor a norma jurídica da despesa pública, não se arvora e nem toma o lugar do gestor.

O Tribunal de Contas, como órgão administrativo que é, também está vinculado à Constituição Federal e, igualmente, tem a incumbência de concretizar o texto constitucional, de sorte que a “base normativa” para o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas não é a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, mas a própria Constituição, sua força normativa e vinculante.

As relevantíssimas competências constitucionais atribuídas ao Tribunal de Contas e arroladas nos incisos do artigo 71 permitem concluir que este órgão técnico no controle das finanças públicas não pode ficar na dependência de uma manifestação jurisdicional para que concretize a Constituição Federal, construindo a norma jurídica da despesa pública em cada situação concreta e, neste mister, possa

realizar o controle difuso da constitucionalidade, afastando textos de leis contrários à Constituição Federal.

No Estado Constitucional, a lei sede lugar para a Constituição ser a referência para *qualquer ato estatal* (judiciário ou administrativo) e todos, sem exceção, estão vinculados ao texto constitucional, não havendo porque escantear o Tribunal de Contas do dever de realizar o controle difuso de constitucionalidade quando do exercício de suas competências constitucionais, até mesmo porque esta decisão do Tribunal de Contas não é juridicamente definitiva, estando suscetível à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CF-88).

O controle do resultado do gasto público, concretizando a análise da economicidade e da eficiência na fiscalização financeira do Estado, é de extrema relevância para que os órgãos de controle verdadeiramente se desincumbam deste mister que a Constituição lhes endereçou e passem a realizar um controle substancial, de qualidade, e não meramente formal dos gastos públicos, o que é imprescindível para a própria constatação do *rent-seeking*, especialmente da perda social que é consequência inerente a tais condutas.

Em tempos de inversão da Constituição Dirigente, com a desarticulação das ordens financeira e econômica nas Constituições, deixando a Constituição Financeira blindada à boas intenções do constitucionalismo econômico do século XX, nada mais imprescindível que passar a olhar as atividades *rent-seeking* no contexto do Direito Financeiro e poder concluir, positivamente ou não, acerca dos benefícios coletivos dos gastos públicos, do real (não meramente formal) atendimento das necessidade coletivas, articulando Constituição Financeira e Econômica.

A teoria estruturante da norma jurídica, com sua refutação da dualidade ser e dever ser, realidade e direito, prática e teoria, presta uma enorme contribuição, pois para ela o fato, o caso concreto, é coconstitutivo da norma jurídica. Não se fala em subsunção da norma concreta à norma abstrata, pois não há uma norma abstrata, metafísica, descolada da realidade e à espera de um acoplamento. A norma é construída conjuntamente com o caso concreto. Esta noção é muito importante quando transportada para a questão do controle da Administração Pública, pois os órgãos que exercem o controle externo e interno, no caso específico de nossa abordagem, nada mais fazem do que construir a norma jurídica relacionada à

atividade financeira do Estado a partir do caso concreto que lhe é submetido à fiscalização. Nesse sentido, não há, na atividade de controle, rigorosamente, uma atividade de comparação, de confronto entre um *rôle* e um *contre-rôle*, o que nos levaria a afirmar, ao contrário dos pressupostos que partimos nesta tese, de que haveria uma norma concreta a ser comparada com uma norma abstrata.

O gasto público que não passa positivamente pelo filtro do controle de resultado não encontra arrimo na Constituição Federal sendo, desta forma, inconstitucional a norma jurídica e a norma de decisão que a ele se refere. Esta, ao nosso ver, a consequência jurídica mais severa que o comportamento *rent-seeking* pode ocasionar quando envolve dispêndio de recursos públicos e, portanto, despesas públicas.

Um bom sistema de controle financeiro da atividade estatal é aquele que, além legalidade e legitimidade, consegue aferir os resultados do gasto público, apontando o quanto eles (não) estão sendo revertidos em benefício *da sociedade* (CF-88, art. 70, *caput*). Para isto, não há como escapar da averiguação da chamada qualidade do gasto público. A qualidade do gasto público é inimiga mortal da *rent-seeking*. Onde existe qualidade do gasto público não há espaço para *rent-seeking*.

O direito brasileiro prevê mecanismos que podem ser ativados pelos órgãos de controle externo, especificamente pelos Tribunais de Contas, numa espécie de ação para "desarmar a bomba relógio da *rent-seeking*", controlando concomitantemente a qualidade do gasto público, evitando que venha ocorrer eventual perda social e, ao mesmo tempo, demarcando cronologicamente a responsabilidade financeira do gestor. Neste contexto, inserem-se os "alertas", cuja previsão legal consta expressamente do artigo 59, § 1º, inciso V, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os Tribunais de Contas devem alertar os Poderes e órgãos públicos quando constatarem indícios de condutas *rent-seeking* ou de perdas sociais provocadas por comportamentos rentistas, ou seja, indícios de irregularidade na gestão orçamentária ou qualquer outro fato que possa comprometer os custos ou os resultados dos programas. Desta maneira, podem ser evitadas as perdas sociais, por exemplo, o que acabaria por desativar a bomba do *rent-seeking*, desconfigurando-o e preservando, conforme a terminologia mülleriana, a norma de decisão sobre a despesa pública.

Os alertas são mecanismos de controle preventivo, ou seja, devem ser utilizados antes da ocorrência de algum dano ou perda social. Devem ser vistos como verdadeira norma de decisão, nos moldes da teoria estruturante, e, assim sendo, devem ser encarados sempre como um produto final do processo de concretização da norma jurídica da despesa pública pelo Tribunal de Contas.

Os alertas também têm a função de *demarcar a responsabilidade financeira* do gestor público, de sorte que uma vez o Tribunal de Contas identificando eventual conduta *rent-seeking,* especialmente os resultados dessa conduta (possíveis danos ou perdas sociais), o que representaria indícios de irregularidade na gestão orçamentária, deverá alertar o gestor responsável sobre a situação para que tome todas as medidas pertinentes, inclusive aquelas apontadas pela norma de decisão do alerta, evitando-se a concretização da perda social sinalizada.

O indício de irregularidade na gestão orçamentária ocorreria porque, naquele primeiro momento, como que numa análise cautelar, a decisão jurídica sobre o gasto público, que teve como escoro a construção de determinada norma jurídica, estaria se afastando de seu perfil constitucional ao escantear os aspectos da eficácia/eficiência/economicidade. Indícios de afastamento do gasto público de suas feições constitucionais representam, em verdade, indícios de “inconstitucionalidade” na gestão orçamentária, muitíssimo mais gravoso que mera irregularidade, como exige a LRF.

Devidamente alertado, o gestor fica ciente de que deve agir de alguma forma para evitar a perda social apontada pelo controle externo e, assim sendo feito, coloca-se novamente a norma jurídica da despesa pública nos trilhos da Constituição, afastando a caracterização da *rent-seeking*. Do contrário, sua responsabilidade financeira está demarcada.

Além do alerta, os Tribunais de Constas podem se valer do poder de cautela, determinando medidas cautelares para evitar os resultados socialmente danosos oriundos de comportamentos *rent-seeking*.

A presente tese, ao mirar para os comportamentos *rent-seeking* e seus efeitos no campo do Direito Financeiro, denuncia que, de modo geral, a leitura que vem sendo conferida ao Direito Financeiro, especialmente no âmbito do controle da atividade financeira, é predominantemente formal, contabilista ou economicista, de sorte que muitos importantes setores jurídicos que interpretam esse ramo do direito

ainda trabalham em um nível primitivo do positivismo, anterior mesmo a KELSEN, ou seja, nivelando lei e norma jurídica, como se esta última já estivesse pronta e acabada apenas esperando um momento para ser “vestida” aos fatos, para a subsunção.

Essa atitude mostra uma visão exageradamente rasa do Direito Financeiro e encobre fenômenos sociais absolutamente importantes e que têm repercussão direta na configuração da despesa pública, como ocorre com os comportamentos *rent-seeking*.

O pós-positivismo de MÜLLER propõe um caminho metodológico para uma decisão jurídica sobre o gasto público defensável a partir de uma motivação jurídica que conduza à decisão de forma metodologicamente racional e transparente, sem infringir a Constituição. Este caminho, ao não fechar os olhos para a conteudística da norma jurídica (como no positivismo inaugurado por HANS KELSEN), construída sempre a partir dos textos, especialmente do texto constitucional, mas que leva em conta também todo o âmbito da norma, aspectos não linguísticos, mas igualmente jurídicos, pois compõem a norma jurídica, e possibilita que todos esses aspectos da eficiência, da economicidade, enfim, da qualidade do gasto público, passem a fazer parte da própria norma jurídica da despesa pública, não algo externo ao direito ou juridicamente indiferente.

Ao contrário do que muitos economistas, contabilistas ou mesmo profissionais jurídicos poderiam supor, a norma jurídica da despesa *vai além* da despesa pública formalmente fixada na lei orçamentária. Aliás, a norma jurídica metodologicamente construída com referência a determinado caso concreto pode acabar infirmando o quantitativo formalmente fixado na lei orçamentária a título de despesa pública, ao considerar outros custos sociais (v.g. das condutas *rent-seeking*).

O enunciado que fixa o montante da despesa pública na lei orçamentária não tem o condão de coisificar a despesa, como poderia sugerir uma análise economicista ou contabilista. Todavia, esse montante legislativamente fixado (programa da norma) é o limite extremo da concretização admissível (aqui, evidentemente, levando-se em conta eventuais mecanismos de flexibilidade orçamentária). Ou seja, o texto é o dado inicial mais importante no processo de concretização e, ao mesmo tempo, o limite desse processo, demarcando a fronteira extrema das possíveis variantes de sentido (constitucionalmente admissíveis). A

norma leva em conta este dado (programa da norma), mas não se restringe a ele, ou seja, a lei orçamentária deve ser interpretada pelos órgãos de controle para que se chegue na norma jurídica da despesa pública, mas essa interpretação deve levar em conta, *também*, elementos extralinguísticos (âmbito ou domínio da norma).

O programa normativo da norma jurídica da despesa pública a ser construída remete, expressamente, a partir do texto *constitucional*, a um âmbito normativo "qualitativo", exigindo do gasto público o atendimento à eficiência/eficácia (CF-88, art. 37, *caput* e art. 74, II) e à economicidade (CF-88, art. 70, *caput*).

Uma vez diagnosticada a *rent-seeking*, ou seja, comprovada pelos meios de provas admitidos em direito a conduta rentista e a respectiva perda social, a decisão jurídica que foi tomada acerca do gasto público que lhe é correspondente torna-se inconstitucional. Esta conclusão é decorrência da própria concepção de norma jurídica a partir de um paradigma pós-positivista, onde há diferença entre texto e norma, onde a interpretação do direito deixa de ser ato revelador, seja da vontade da lei (*voluntas legis*) ou do legislador (*voluntas legislatore*) e onde a decisão jurídica (seja judicial, administrativa ou realizada por particulares) deixa de ser um processo silogístico que se subsome em uma norma geral e abstrata previamente formada.

Não apenas os gestores públicos estão sujeitos às sanções financeiras (responsabilidade financeira), mas também o particular, pessoa física ou jurídica, desde que dê causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário ou que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 5º, incisos I e II da Lei n. 8.443/93). Esta constatação é importante para chamar à responsabilidade, também, os *rent-seekers* e não apenas os gestores públicos para responderem pelas perdas sociais da *rent-seeking*.

A responsabilidade jurídico-financeira dos *rent-seekers*, pelo menos em relação à sanção de multa proporcional ao dano causado, encontra escoro no próprio texto da Constituição Federal (art. 71, inciso VIII), de sorte que ainda que eventualmente a Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992 venha ser ab-rogada para se retirar a sanção de multa ou excluir dos particulares *rent-seekers* a responsabilidade financeira, remanescerá a possibilidade de aplicação desta sanção, já que estamos diante de uma sanção com previsão expressa na Constituição, de sorte que mesmo

se eventual lei não previsse esta sanção, no mínimo, caberia interpretação conforme a Constituição para fazer valer o seu texto.

Uma vez comprovada prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (art. 16, III, “b” da Lei n. 8.443/92) ou, ainda, dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico (art. 16, III, “c” da Lei n. 8.443/92), ambos perfeitamente aplicáveis nos casos de condutas *rent-seeking*, o Tribunal de Contas tem o dever de aplicar a penalidade de multa aos devidos responsáveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas, sejam gestores públicos ou agentes privados caçadores de rendas.

A mera constatação do dano já é suficiente para tornar a conta irregular (art. 16, da Lei n. 8.443/92), dando margem ao julgamento das contas pelo Tribunal de Contas e responsabilização dos envolvidos, nos termos do artigo 71, inciso II da CF-88. Além disso, constatado eventual dano ou perda social, o § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.443/92 prevê, expressamente, a responsabilidade solidária, podendo ter incidência, no caso, entre gestores públicos e *rent-seekers*.

Não é qualquer conduta comissiva de buscar a renda disponibilizada pelo Estado que pode ensejar a responsabilidade financeira pessoal do rentista pela ocorrência da *rent-seeking*. Sua conduta deve representar uma espécie de “desdiferenciação jurídica” onde, por exemplo, códigos da afetividade, da amizade, da economia, da política e da ética passam a orientar a decisão da despesa pública.

Ao contrário da conduta comissiva necessária para a configuração do *rent-seeking*, para que haja a responsabilização financeira do rentista, ou seja, daquele que obteve a renda disponibilizada pelo Estado, é preciso que fique comprovada uma “interferência direta” na decisão jurídica da despesa pública, a ponto de que um critério distinto do lícito/ilícito passe a orientar a referida decisão. Trata-se, aqui, da desdiferenciação do direito, ou seja, o direito deixa de lado sua autonomia funcional e passa a se orientar por códigos de outros sistemas (v.g. economia, política, afetividade, familiar etc.). Vai ao encontro desta afirmação o texto da Súmula 187 do TCU que dispensa a tomada de contas especial quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público.

É indispensável que a conduta ocasione uma corrupção na decisão jurídica que decide pela realização de determinada despesa pública, muito embora essa desdiferenciação seja dispensável para a *configuração* propriamente da *rent-seeking*. Por isso não é incomum relacionar a *rent-seeking* com figuras *penais* como, por exemplo, a corrupção, mas, ao nosso sentir, esta relação *não é* necessária e muito menos suficiente quanto se poderia imaginar, seja para a responsabilidade do rentista ou do gestor público, seja para a própria configuração da *rent-seeking*, pois pode haver *rent-seeking* independentemente da existência de crime de corrupção e vice-versa. São âmbitos materiais e de responsabilização completamente distintos. Basta pensar, por exemplo, em uma sentença penal transitada em julgada condenando determinada pessoa por corrupção ativa sem que haja qualquer mensuração de eventuais perdas sociais decorrentes da conduta.

Para fins de imputação da responsabilidade ao rentista entendemos ser necessárias, cumulativamente, três exigências: a) que a conduta comissiva para a obtenção/manutenção/expansão da renda seja desdiferenciada juridicamente, de sorte que, para fins de responsabilidade do rentista pelo *rent-seeking*, podem ser absolutamente úteis informações coletadas por outros órgãos de controle dando conta, por exemplo, da prática de atos de improbidade administrativa ou crimes contra a Administração Pública (v.g. Receita Estadual e Federal, Ministério Público, Polícia Judiciária Federal e Estadual etc.); b) que seja constatada perda social decorrente da renda obtida/expandida/mantida; c) que haja liame entre a renda obtida/expandida/mantida e a perda social verificada.

A Constituição Federal expressamente possibilita que seja aplicada aos responsáveis a sanção de multa proporcional ao dano causado no caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas (CF-88, art. 70, inciso VIII), não distinguindo, para fins de responsabilização, o *rent-seeker* do gestor público, de sorte que ambos podem ser responsabilizados, na medida de suas culpabilidades.

Não há maior “ilegalidade de despesa” que aquela que atropela princípios constitucionais que sustentam todo o arcabouço normativo financeiro, que espicaça um dos pilares da ordem econômica (princípio da livre-concorrência), que apezinha grotescamente o princípio republicano (CF-88, art. 1º e art. 34, inciso VII), desdobrado na exigência do controle de resultado (economicidade/eficiência) do gasto público (CF-88, art. 70, *caput* e art. 74, inciso IV).

A responsabilização financeira do gestor público pela prática do *rent-seeking* funda-se no princípio republicano, no dever de prestação de contas, no exercício responsável de sua função administrativa. A responsabilização deve ser pessoal e jamais recair sobre a pessoa jurídica de direito público à qual pertence o gestor, pois simplesmente não faria qualquer sentido que, novamente, a sociedade, via orçamento público, arcasse com esta responsabilização.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. São Paulo: RT, 2013.

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. **Finanças públicas, democracia e *accountability***. In: ARVATE, Paulo Roberto; BIDERMAN, Ciro. Economia do setor público no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ANDERSON, Simon P.; GOEREE, Jacob K.; HOLT, Charles A. Rent seeking with bounded rationality: an analysis of the all-pay auction. **Journal of Political Economy**, 1998, v. 106, n. 4.

ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Externalidade. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Orgs). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 16-33.

ANDRADE, José Maria de. **Benefícios financeiros e creditícios**: esses ilustres desconhecidos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-14/estado-economia-beneficios-financeiros-crediticios-ilustres-desconhecidos#_ftn5>. Acesso em: 5 dez. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARBACHE, Jorge. **Corrupção silenciosa**. Publicado em 11 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.oim.tmunicipal.org.br/abre_documento.cfm?arquivo=_repositorio/_oim/_documentos/6687C7AE-F2A9-1451-001EE484A6192D4219112013105753.pdf&i=2595>. Acesso em: 5 dez. 2016.

ASHOFF, Guido. Rent-Seeking: A New Concept in the Theory of Politics. **Economics**, 40, p. 10, 1989.

ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AUGUSTO, Leonardo Silva. O dever de indenizar o tempo desperdiçado (desvio produtivo). **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 110, p. 177-209, jan.-dez. 2015.

BALBINOTTO NETO, Giácomo. ***Rent-seeking* e crescimento econômico***: teoria e evidências*. Tese de Doutorado. USP, FEA, 2000.

_____. As origens clássicas da teoria da "*rent-seeking*". Artigo apresentado no III Encontro Nacional de Economia Política, Niterói – RJ, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1986.

BARBOSA, Lívia. **O jeitinho brasileiro**: a arte de ser mais igual que os outros. São Paulo: Campus, 1992.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos por Homero Pires. v. I. São Paulo: Saraiva, 1932.

_____. Exposição de Motivos do Decreto 966-A, de 1890, instituidor do Tribunal de Contas no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, TCU, v. 1, n. 1, 1970.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, v. XLIX, 2006.

BHAGWATI, J. N. Directly Unproductive Profit Seeking Activities. **Journal of Political Economy**, 90, p. 909, 1982.

BISHOP, Matthew. Essential Economics. **The Economist**. New York: Bloomberg Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2003.

BORSANI, Hugo. Relações entre política e economia: teoria da escolha pública. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Orgs.). **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Regulamento Geral das Operações. **Resolução 862/96-BNDES**, de 11/03/1996, que consolidou o RGO.

_____. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Regulamento Geral das Operações. **Resolução 1.467/2007-BNDES**, de 31/07/2007, que alterou e promoveu nova consolidação do RGO.

_____. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Orçamento cidadão**. Brasília, 2016b. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/clientes/portalsof/portalsof/orcamentos-anuais/orcamento-2017/ploa/ploa-2017-orcamento-cidadao>. Acesso em: 8 nov. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n. 12.846/2013**, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 8.429/92**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. STF. Min. Carlos Britto, p. 92 dos autos, STF, **Tribunal Pleno**, ADI 4048 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j.14.5.2008).

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom estado e reforma da gestão pública. In BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Orgs.). **Economia do Setor Público no Brasil**. São Paulo: Campus Elsevier, 2004.

BROOKFIELD, Jon; CHANG, Sea-Jin; DRORI, Israel; ELLIS, Shmuel; LAZZARINI, Sérgio G.; SIEGEL, Jordan I.; BARDINA, Juan Pablo von Bernath. **The small worlds of business groups**: liberalization and network dynamics. In: The small worlds of corporate governance. London: Bruce Kogut, 2012.

BUCHANAN, James M. Same players, different game: how better rules make better politics. **Constitutional Political Economy**, Springer US, v. 19, n. 3, 2008.

BUCHANAN, James M; TOLLISN, Robert D; TULOCK, Gordon. Rent seeking and profit seeking. In: BUCHANAN, James M; TOLLISN, Robert D; TULOCK, Gordon. **Toward a theory of the rent-seeking society**. Texas: A&M University Press, 1980.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade**. Fórum, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do Direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Guilherme Bueno. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: RT, 2011, p. 783.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. São Paulo: Noeses, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência tributária**. Tese (Concurso para professor-titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

CATAPANI, Márcio Ferro. **A discricionariedade do Poder Executivo na elaboração do projeto de lei orçamentária anual**. In: CONTI, J. Maurício; SCAFF, Fernando F. (Coords.). Orçamentos públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 245-266.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do Direito. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: RT, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder; PINTO, Élida Graziane. **Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao-cf>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CONGLETON, Roger D. Monitoring rent-seeking managers: advantages of diffuse ownership. **Canadian Journal of Economics**, 1989, n. 22, p. 662-672.

_____. Competitive Process, Competitive Waste, and Institutions. In: In: BUCHANAN, James M; TOLLISN, Robert D; TULOCK, Gordon. **Toward a Theory of the Rent-Seeking Society**. Texas: A&M University Press, 1980.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

_____. **Direito Financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____. **Flexibilidade orçamentária deve ser usada com moderação**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-20/contas-vista-flexibilidade-orcamentaria-usada-moderacao>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. **Lei de responsabilidade fiscal**: 10 anos de vigência – questões atuais. Coord. Fernando Facury Scaff; José Maurício Conti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **Levando o Direito Financeiro a sério**. São Paulo: Blucher, 2016.

_____. **Vinculações orçamentárias não são a panaceia dos problemas**. In: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-08/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-nao-sao-panaceia-problemas>. Acesso em: 8 nov. 2016.

CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno na Administração Pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. **DPU** n. 37, jan.-fev. 2011, seção especial, teorias e estudos científicos.

CORRÊA, Izabela Moreira. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do Estado de Minas Gerais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 3, mai.-jun. 2007, p. 498.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O direito achado na rua: uma ideia em movimento. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Orgs.) **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonard, 2001.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: *drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013.

EDLIN, Aaron S.; STIGLITZ, Joseph E. Discouraging rivals: managerial rent seeking and economic inefficiencies. **American Economic Review,** n. 85, p. 1.301-1.312, 1995.

EHRLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia & Direito.** Textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

EKELUND, Robert B.; TOLLISON, Robert T. **Mercantilism as a rent-seeking society**. Texas: A&M University Press, 1982.

ÉPOCA. **“Faltou chicote e sobrou cenoura”, diz Sérgio Lazzarini sobre a quebra da Oi**. Disponível em:<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/06/faltou-chicote-e-sobrou-cenoura-diz-sergio-lazzarini-sobre-quebra-da-oi.html>. Acesso em: 4 set. 2016.

_____. **Os campeões nacionais deram certo?** Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/os-campeoes-nacionais-deram-certo/>. Acesso em: 5 dez. 2016.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio et al. O Direito achado na rua: concepção e prática. No percurso de Roberto Lyra Filho. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo (Coord.) **O Direito achado na rua**: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio, 1991.

EVANGELISTA, Charles Mathusalém Soares; DAROS, Eunice Lemos Rosal; ALBERNAZ, Leonardo Rodrigues; DE PAULA, Virgínia de Ângelis Oliveira. "Perspectivas do Controle sobre os Benefícios Fiscais: Avaliação da Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR)" **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 121, 2011, p. 47, disponível em <http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/issue/view/12/showToc>. Acesso em: 20 nov. 2016.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial:** hermenêutica, constituição e respostas corretas em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 136-137.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Editora Globo, 2001.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. PPA *versus* orçamento: uma leitura do escopo, extensão e integração dos instrumentos constitucionais brasileiros de planejamento. In: CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (coord.). **Orçamentos públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 684-688.

FERREIRA, Pedro Cavalcanti. **Proteção comercial**: racionalidade econômica ou interesses privados? Disponível em: <http://www.fgv.br/professor/ferreira/papersaplicados.htm>. Acesso em: 25 abr. 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FOLHA DE S. PAULO. **Editorial** de 25 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/09/1816574-vicios-arcaicos.shtml>. Acesso em: 6 jan. 2017.

GALLANGHER, Mark. **Rent-seeking and economic growth in Africa**. George Mason University, Fairfax, Ph.D. thesis, 1991.

GERBELLI, Luiz Guilherme; SCARAMUZZO, Mônica. Oi, 'campeã nacional', sucumbiu à crise. **Jornal O Estado de S. Paulo** de 20 de junho de 2016. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,oi-campea-nacional-sucumbiu-a-crise,10000058332>. Acesso em: 6 jan. 2016.

GIACOMONI, James. **Orçamento público.** São Paulo: Atlas, 2009.

GLAZER, Amihai. Allies as rivals: internal and external rent seeking. **Journal of Economic Behavior and Organization**, n. 48, p. 155-62.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. **O Direito dos gastos públicos no Brasil.** São Paulo: Almedina, 2015.

_____. **Responsabilidade financeira**: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC (Dissertação de Mestrado), 2009, p. 79-80.

Gonçalves, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do Direito e hermenêutica da cordialidade. Rio de Janeiro, **Revista Direito e Práxis**, v. 1, n. 1, 2010, p. 16-31.

GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – Princípio da legalidade – Decisão judicial. **Boletim de Direito Administrativo**, fev. 1994. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45730/47450>. Acesso em: 7 jan. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981.

_____. O novo velho tema da interpretação do Direito. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Ontem, os códigos!** Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional***.* A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HANSEN, Liane. National Public Radio. **A lobbyist by any other name?** Disponível em: <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=5167187>. Acesso em: 3 set. 2016.

HARBERGER, A. C. Using the resources at hand more effectively. **American Economy Review**, May 1959, n. 49, p. 134-146.

HARTLE, Douglas G. The theory of rent-seeking: some reflections. **Canadian Journal of Economics**, vo. 16, n. 4, p.539-540, 1979.

HENDERSON, David R. **O que é rent-seeking**? Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/index.php/artigos/rent-seeking/>. Acesso em: 7 jan. 2016.

HERMES, Felippe. **A Oi quebrou.** E quem vai pagar a conta por isso é você. Publicado no Portal Spotniks em 21 de junho de 2016. Disponível em: <http://spotniks.com/oi-quebrou-e-quem-vai-pagar-conta-por-isso-e-voce/>. Acesso em: 5 set. 2016.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HILLMAN, Ayre L. **Political Economy and Political Correctness**. Public Choice, 1998.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

HOLSEY, Cherly M.; BORCHERDING, Thomas E. Why does government's share of national income growth? An assessment of recent literature on the U.S experience. In: MUELLER, Dennis (ed.). **Perspective on Public Choice**: A Handbook. Cambridge University Press, 1997, p.575.

HOMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

HORVATH, Estevão. Direito Financeiro *versus* Direito Tributário: uma dicotomia desnecessária e contraproducente. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.) **Direito Financeiro, Econômico e Tributário**. Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p.155-177.

IKEDA, Sanford. **Rent-seeking**: a primer. Ideas on Liberty. Disponível em: <https://fee.org/media/4553/ikeda1103.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2016.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. **Governance in the public sector**: a governing body perspective. International Public Sector Study. ago. 2001. Disponível em:<http://www1.worldbank.org/publicsector/pe/April2003Seminar/Course%20Readings/08.%20Internal%20Control%20and%20Audit/Study_13_Governance.pdf>.

INVESTOPEDIA. **Regulatory capture**. Disponível em: <http://www.investopedia.com/terms/r/regulatory-capture.asp>. Acesso em 3 set. 2016.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BROOKFIELD, Jon et al. The small worlds of business groups: liberalization and network dynamics. In: KOGUT, Bruce (Org.) **The Small Worlds of Corporate Governance**. London: Bruce Kogut, 2012.

JUND, Sérgio. **AFO Administração Financeira e Orçamentária**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direito Financeiro e orçamento público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: Safe, 1986.

KRUEGER, Anne O. The political economy of rent-seeking society. **American Economic Review,** n. 64, 1974, p. 291-302.

LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços**: os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. **Escancarando o capitalismo de laços**. O Estado de S. Paulo. 26 jun. 2015. Acesso em: 6 jan. 2017.

LEBRÃO, Roberto Mercado; GOMES, Emerson Cesar da Silva; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Geral Regis Fernandes de et al. **Lições de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. In: CANOTILO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. In: CANOTILO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.108.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LINDBECK, Assar; SNOWER, Dennis J. Efficiency wages versus insiders and outsiders. **European Economic Review,** n. 31, p. 407-416, 1987.

LISBOA, Marcos de Barros; PESSÔA, Samuel. As meias-entradas no caminho do ajuste econômico. **Jornal Folha de S. Paulo**. 5 jun. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/06/1777909-as-meias-entradas-no-caminho-do-ajuste-economico.shtml>. Acesso em: 21 jul. 2016.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. **A execução do orçamento público:** flexibilidade e orçamento impositivo. São Paulo: Editora Edgard Blücher, 2016.

LONG, Ngo Van; VOUSDEN, Neil. Risk-averse rent seeking with shared rents. **The Economic Journal**, 97 (December 1987), p. 971.

LOONEY, Robert E. The economic impact of rent seeking and military expenditures: a comparison of Third World military and civilian regimes. **American Journal of Economics and Sociology**, v. 48, n. 1, p. 11, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. **El derecho de la sociedad**. México: Editorial Herder, 2005.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 22-25.

MACIEL, Felipe Guatimosim. **O Controle da Corrupção no Brasil**. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-realizados/pasta-concurso-de-monografias-da-cgu/concurso-de-monografias-da-cgu-2005/3-lugar>. Acesso em: 31 out. 2016.

MANCUSO, Wagner Pralon; GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira. Lobby: instrumento democrático de representação de interesses? In: **Organicom** – Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas, v. 8, n. 14, 2011.

MANGEL, John H.; DELORME, Charles; KAMERSCHEN, David R. Rent-seeking and the byproduct theory of labor movements. **Rivista Internazionale di Scienze Economiche e Commerciali**, v. 41, n. 5, p. 400-401, 1994.

MANKIW, N. Gregory; TAYLOR, Mark P. Microeconimics. Thomson Learning, 2006. In: MENDES, Marcos José. Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público. Texto para discussão 39. Brasília: **Consultoria Legislativa do Senado Federal**, 2008, p. 24-28.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Os grandes desafios do controle da administração pública. **Fórum de contratação e gestão pública**, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32259>. Acesso em: 31 out. 2016.

MARTÍNEZ, Maria Salvador. **Autoridades independientes**. Barcelona: Ariel, 2002.

MAZZA, Alexandre. **Relação jurídica de Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Controle da adminsitração pública**. São Paulo: RT, 2014.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. In: MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. São Paulo: RT, 2014, p. 21.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Finanças municipais**. São Paulo: RT, 1979.

MELO, Thiago Dellazari. **A "captura" das agências reguladoras**: uma análise do risco de ineficiência do Estado Regulador. 2010. 126 f.- Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

MENDES, Marcos. **O governo federal gasta pouco com educação?** Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/04/20/o-governo-federal-gasta-pouco-com-educacao/>. Acesso em: 5 dez. 2016.

_____. **O que é *rent-seeking*?** Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/03/25/o-que-e-rent-seeking/> Acesso em: 14 mai. 2015.

_____. Os conflitos federativos na democracia brasileira. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto (Orgs.). **Finanças públicas**: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade. Rio de Janeiro: Editora Record, 2016.

_____. **Por que é importante controlar o gasto público?** 28 jun. 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/06/28/por-que-e-importante-controlar-o-gasto-publico/>. Acesso em: 9 out. 2016.

_____. **Sistema orçamentário brasileiro**. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/sist_orc_brasil.pdf />. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Por que o Brasil cresce pouco**: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Tomás T. S. **O dilema entre a eficiência de curto e de longo prazo no ordenamento jurídico e o impacto no crescimento econômico**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2016 Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 12 de julho de 2016, p.02.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o Direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRANDA, Daniela. **Direito, silêncio e corrupção**: um diálogo Com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. abr. 2007.Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/979>. Acesso em: 1 jun. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Governo e crise**: escolhas públicas no Brasil e no mundo, 2007-2011. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, v. 6, n. 67, set. 2006.

MOREIRA, Vital. **Autorregulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOZONI NETO, Mario Prestes. **Caçadores de renda:** uma investigação sobre a teoria do *rent-seeking*. São Paulo: FGV/EAESP, 2001 (Dissertação de Mestrado), p. p. 06, 09,11.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Porto Alegre: Sergio Antonio, 1995.

_____. **La positividad de los derechos fundamentales:** cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales. Madri: Dykinson, 2016.

_____. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: RT 2010.

_____. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: RT, 2013.

_____. Prefácio. In: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Teoria estruturante do Direito I**. São Paulo: RT, 2011.

MÜLLER, Holger M; WÄRNERYD, Karl. Inside versus outside ownership: a political theory of the firm. **Rand Journal of Economics**, n. 32, p. 527-541.

MUNGER, Michael. **Rent-Seek and you will find**. Disponível em: <http://econlib.org/library/Columns/y2006/Mungerrentseeking.html>. Acesso em: 30 nov. 2016.

MURPHY, Kevin M.; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. **The American Economic Review**, v. 83, n. 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fifth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1993), p. 409-414.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio G. **Reinventando o capitalismo de Estado**: O Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. São Paulo: portfolio-Penguin, 2015, p.35.

NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.378-379.

NARITOMI, Joana; SOARES, Rodrigo R.; ASSUNÇÃO, Juliano J. **Institutional development and colonial heritage within Brazil**. IZA Discussion Paper, n. 4.276, jul. 2009.

NETO, Delfim. Netto. Um estado forte e eficiente. **Revista Carta Capital.** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/850/um-estado-forte-e-eficiente-4743.html>. Acesso em: 5 nov. 2016.

NEVES, Marcelo. **Revista Direito em Debate**, v. 4, n. 5, 1995.

NÓBREGA, Mailson da. Construção e desmonte das instituições fiscais. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto. **Finanças Públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade**. (Org.) Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 27.

O'NEILL, Ben. **Resolvendo o "problema" do carona**. Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 9 jul. 2010. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=724>. Acesso em: 13 jul. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Responsabilidade fiscal**. São Paulo: RT, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Adotada pela resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, 4 dez. 1986. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_5.htm>. Acesso em 27 out. 2016.

PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, administração financeira e orçamentária, e lei de responsabilidade fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 69.

PARKIN, Michael. **Macroeconomic requirements for prosperity.** Australian Economic Review, 1993.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. 2. ed.. v. II. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e res publica: a emergência dos direitos republicanos. **Textos para Discussão,** n. 15. Brasília: ENAP, 1997.

_____. **Construindo o Estado republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PESSOA, Samuel. **Disciplinar o conflito distributivo**. 30 de mai. 2016. Disponível em: <http://www.institutomillenium.org.br/artigos/disciplinar-conflito-distributivo/>. Acesso em: 23 jul. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar. Os empréstimos do BNDES para os 'campeões nacionais'. **Valor Econômico**, 01 fev. 2013.

PINTO, Élida Graziane. Alertas e controle concomitante da Administração Pública. **Revista Contas Abertas**, dez. 2014. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/revistaeletronica2/doc/03.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2016.

_____. **Controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais> Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 71-100, mar./ago. 2014.

_____. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Um microssistema de tutela do custeio dos direitos sociais nos protege.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/contas-vista-microssistema-tutela-custeio-direitos-sociais-protege> Acesso em: 25 nov. 2016

PINTO, Élida Graziane; FUNCIA, Francisco. **Ajuste fiscal, eficiência e pisos em saúde e educação.** Estadão, 19 mai. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ajuste-fiscal-eficiencia-e-pisos-em-saude-e-educacao/>. Acesso em: 15 nov. 2016.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

PLOA 2017. **PLOA 2017**. Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/dgt-ploa-2017-versao-1-1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2016.

POSNER, Richard. The social costs of monopoly and regulation. **Journal of Political Economy**, v. 83, n. 4, p. 807-827.

PRADO, Maria Clara R. M. **Imediatismo, doença brasileira**. Valor Econômico de 14 de maio. 2015. Disponível em:

<http://www.valor.com.br/opiniao/4048964/imediatismo-doenca-brasileira>. Acesso em: 5 nov. 2016.

RAJAGOPALAN, R. **Rent-seeking**: a selective survey of recent literature. Vikalpa, v. 21, n. 1, jan.-mar. 1996.

RAMALHO, Dimas Eduardo; PINTO, Élida Graziane. **O gasto pode até ser mínimo, a qualidade da educação não.** Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-gasto-pode-ate-ser-minimo-a-qualidade-da-educacao-nao/> Acesso em: 5 nov. 2016.

REZENDE, Amaury José. **Avaliação do impacto dos incentivos fiscais sobre os retornos e as políticas de investimento e financiamento das empresas.** Livre-Docência. São Paulo: USP, 2015.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando (Orgs.). **Disciplina fiscal e qualidade do gasto público**: Fundamentos da reforma orçamentária. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. **Controle interno e paradigma gerencial**. Brasília: ENAP, 1997.

ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. **Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali.** Milão: Giuffrè Editore, 2009.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. (Tese). Faculdade de Direito, USP, 2016.

SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto. Responsabilidade fiscal é a chave para voltar a crescer. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto. **Finanças Públicas**: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade. Rio de Janeiro: Record, 2016.

SANDEL, Michael J. **What Money can't buy**: The moral limits of markets. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SANSON, Alexandre. **Dos grupos de pressão na democracia representativa**: os limites jurídicos. Tese de Doutorado, São Paulo, FDUSP, 2013, p. 285-286, 289.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SANTOS, Rodrigo Mioto dos. **Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial**: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller. Dissertação de Mestrado, UFSC, 2006, p.68.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **A efetivação dos direitos sociais no Brasil:** garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In SCAFF, Fernando Facury;

ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-42.

_____. **Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos?** In: COUTINNHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORRAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). Estudos Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Crédito público e sustentabilidade financeira. **Revista Direito à Sustentabilidade**, Unioeste, v. 1, n. 1, 2014.

_____. **Crônicas de Direito Financeiro**: tributação, guerra fiscal e políticas públicas. São Paulo: Conjur, 2016.

_____. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Não é obrigado a gastar**: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. 17 mai. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-gastos-obrigatorios>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o Direito Tributário e Financeiro. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan.-dez. 2006.

_____. **O que resta de amores nos 28 anos de nossa Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-04/contas-vistao-resta-amores-28-anos-nossa-constituicao-federal>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. República, tributação, finanças. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 15-34. 2008.

_____. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: COSTA, Paulo Sérgio Wyl A. (Coord.) **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. Tributação, livre-concorrência e incentivos fiscais. In: NUSDEO, Fábio (Coord.) **O Direito Econômico na atualidade**. São Paulo: RT, 2014.

SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. In: CANOTILO, J.J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.1166.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 729.

SCAVINO, Dado. **La filosofía actual**: pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós Postales, 1999.

SCHARFSTEIN, David S; STEIN, Jeremy C. The dark side of internal capital markets: divisional rent-seeking and inefficient investment. **The Journal of Finance** n. 55, p. 2527-2564. Disponível em: <http://scholar.harvard.edu/files/stein/files/darksidejoffinal.pdf> Acesso em: 10 out. 2016.

SCHINK, Allen. Off-budget expenditures: an economic and political framework. In: OECD. **Journal on Budgeting**, v. 7, n. 3, OECD 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/43411741.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

SEN, Amrtya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHIKIDA, Cláudio D.; ARAÚJO Jr., Ari Francisco de. Por que o Estado cresce e qual seria o tamanho ótimo do Estado brasileiro? In: MENDES, Marcos (Org.). **Gasto público eficiente**: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil. São Paulo: Instituto Braudel, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Corrupção e produção de bens públicos. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo. **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus/ Elsevier, 2004.

SILVA, Moacir Marques da. A lógica do planejamento público à luz da lei de responsabilidade fiscal. In: CONTI, J. Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Coord.). **Orçamentos públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 756.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito Ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Jorge Luiz de. O que é PIB potencial. Desafios do Desenvolvimento. **Revista de Informações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, ano 5, ed. 42, 2008. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2150:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 31 out. 2016.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, Spring, 1971, p. 3-21. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3003160> Acesso em: 9 nov. 2016.

STOLZE, Pablo. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 18, n. 3.540, 11 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925>. Acesso em: 24 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a 'letra da lei' é uma atitude positivista?** Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 8 nov. 2016.

_____. **Compreender Direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: RT, 2012.

_____. E que o texto constitucional não se transforme em um latifúndio improdutivo: uma crítica à ineficácia do Direito, In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Direito público em tempos de crise**. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Hermenêutica jurídica e (m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Tarcísio; STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, v. 4, 2011.

TELLES JR., Gofredo da Silva. **O Direito quântico**. São Paulo: Max Limonad, 1974.

THE WORLD BANK. **Silent and lethal**: how quiet corruption undermines Africa's development efforts. Africa Development Indicators 2010. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/AFRICAEXT/Resources/english_essay_adi2010.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

TOLISSON, Robert D.; TULLOCK, Gordon. **Towards a Theory of the Rent-Seeking Society**. Texas A&M University Press. College Station.

TOLLINI, Helio Martins. Repensando a gestão das finanças públicas no Brasil. In: SALTO, Felipe; ALMEIDA, Mansueto (Org.) **Finanças públicas**: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 115-148.

TOLLISON, Robert. Rent-seeking: a survey. **Kylos**, v. 35, n. 4, p. 578, 1982.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: RT, 2014.

TORRES, Ricardo Ezequiel. Despesa pública. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de et al. **Lições de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. In: CANOTILO, J.J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **O orçamento da Constituição**. São Paulo: Renovar, 1995.

_____. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TULLOCK, Gordon. Efficient rent seeking. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D.; TULLOCK, Gordon (Ed.). **Toward a theory of the rent-seeking society**. College Station, Texas: A & M University Press, 1980. [Reimpresso em TOLLISON, Robert D.; CONGLETON, Roger D. (Ed.). The economic analysis of rent seeking. Aldershoot, England: Edward Elgar, 1995.

_____. Rent Seeking as a Negative-Sum Game. In: BUCHANAN, James M, **Toward a Theory of the Rent-Seeking Society**, Texas A & M University Press, College Station, 1980.

_____. **Rent-seeking and the law**, The rent-seeking society. Liberty Fund. 2005.

_____. Rent-seeking: the problem of definition. In: TULLOCK, Gordon. **The rent-seeking society**. Liberty Fund, 2005.

_____. **The rent-seeking society**. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

_____. The welfare costs of tariffs, monopolies and theft. **Western Economic Journal** n. 5, 1967, p. 228.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação no Direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Lógica jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

WIZIACK, Julio; CRUZ, Valdo. **Desoneração vira alvo da Receita Federal e pode gerar R$ 15 bilhões**. Brasília: Folha de S. Paulo, 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1816647-desoneracao-vira-alvo-da-receita-federal-e-pode-gerar-r-15-bilhoes.shtml>. Acesso em: 5 nov. 2016.

ZANELLA, Fernando C.; EKELUND, Robert B.; LABAND, David N. **Monarchy, monopoly and mercantilism**: Brazil versus the United States in the 1800s. Public Choice 116, 2003.

ZYMLER, Benjamin. **Questões de controle, controle das finanças públicas no Brasil**: visão atual e prospectiva. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 29, n. 76, abr.-jun. 1998, p. 24.