

**PARECERES**

## GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

Rio de Janeiro, 6 de abril de 2009

**Parecer n.º 01/2009 – LRB – Luís Roberto Barroso**

Processo n.º E-14/313/2009

**Ementa:** Sentido e alcance do art. 160, parágrafo único da Constituição. 1. Somente créditos de titularidade direta e originária da União e de suas autarquias podem ensejar a retenção. 2. Impossibilidade de retenção na pendência de disputa administrativa ou judicial sobre o crédito. 3. O direito de a União receber sem precatório não afasta a observância da anualidade própria das leis orçamentárias. 4. A retenção não pode inviabilizar as obrigações constitucionais dos Estados.

Senhora Procuradora-Geral:

Encaminho a V. Exa., em anexo, sob a forma de estudo doutrinário, a análise solicitada acerca da interpretação e aplicação do art. 160, parágrafo único, da Constituição, que autoriza à União Federal a retenção de recursos que deveriam ser entregues ao Estado. Renovo, na oportunidade, a expressão da minha mais distinta consideração.

**Luís Roberto Barroso**  
Procurador do Estado

### **SENTIDO E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 160 DA CONSTITUIÇÃO: PARÂMETROS PARA A RETENÇÃO DE RECEITAS ESTADUAIS PELA UNIÃO FEDERAL**

**Ementa:** 1. Somente créditos de titularidade direta e originária da União e de suas autarquias podem ensejar a retenção. 2. Impossibilidade de retenção na pendência de disputa administrativa ou judicial sobre o crédito. 3. O direito de a União receber sem precatório não afasta a observância da anualidade própria das leis orçamentárias. 4. A retenção não pode inviabilizar as obrigações constitucionais dos Estados.

### **I. NOTA PRÉVIA: A CRISE FISCAL DOS ESTADOS-MEMBROS E A PROGRESSIVA CENTRALIZAÇÃO FINANCEIRA NO CONTEXTO PÓS-1988**

#### **II. CARÁTER EXCEPCIONAL DA RETENÇÃO DE RECURSOS ESTADUAIS**

1. Federação, autonomia e autonomia financeira
2. A Constituição de 1988, o sistema de transferências governamentais e o art. 160, parágrafo único
3. Exigência de que os créditos sejam de titularidade direta e originária da União ou de suas autarquias.

### III. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

### IV. DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ORÇAMENTAIS

### V. LIMITAÇÕES DECORRENTES DE OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO

### VI. CONCLUSÕES

1. Trata-se de consulta formulada pelo Estado do Rio de Janeiro, por sua ilustre Procuradora-Geral, Dra. Lúcia Léa Guimarães Tavares, acerca do sentido e alcance que se deve atribuir – considerando o sistema constitucional em geral e os princípios constitucionais pertinentes em particular – à previsão contida no parágrafo único, inciso I, do art. 160 da Constituição de 1988. Como se sabe, o dispositivo prevê que a União poderá reter valores por ela arrecadados, mas de titularidade dos Estados-membros, para pagamento de créditos não saldados pelos governos estaduais.

2. De forma específica, pergunta-se em que hipóteses a União poderia empregar validamente a faculdade prevista na norma, sobretudo considerando o que dispõe o art. 100 da Constituição. A consulta é especialmente motivada pela circunstância de a União vir fazendo uso da possibilidade de retenção sem quaisquer critérios e rotineiramente. Essa a dicção do dispositivo:

“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.  
*Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias”.*

3. As conclusões a que se chegou ao longo do estudo podem ser antecipadas de forma objetiva nos seguintes termos. A retenção prevista no comando transcrito somente poderá ser utilizada na hipótese de créditos certos, líquidos e exigíveis, de titularidade direta e originária da União ou de suas autarquias, e deve observar a anualidade própria das leis orçamentárias. Em qualquer caso, não será admitida a retenção que comprometa o cumprimento, pelo Estado, de obrigações essenciais a ele impostas de forma objetiva pelo próprio texto constitucional. As razões que conduziram a tais conclusões serão expostas na sequência, de acordo com o roteiro apresentado ao início.

#### I. NOTA PRÉVIA: A CRISE FISCAL DOS ESTADOS-MEMBROS E A PROGRESSIVA CENTRALIZAÇÃO FINANCEIRA NO CONTEXTO PÓS-1988

4. O tema do presente estudo – possibilidade de a União reter receitas originárias dos Estados-membros – se insere no complexo domínio da partilha de competências na Federação brasileira e da busca de equilíbrio fiscal. Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 ampliou as atribuições de Estados e Municípios e, igualmente, pretendeu aumentar sua participação no produto da arrecadação tributária. Ao longo do tempo, porém, a relação entre esses dois elementos – o custo envolvido no exercício das competências e as receitas estaduais (não se tratará dos Municípios neste estudo) –

tornou-se extremamente precário.

5. As causas são muitas. Dentre elas, é possível destacar o aumento progressivo dos custos de manutenção de alguns serviços públicos essenciais<sup>1</sup>. A isso se soma uma grande elevação das despesas correntes<sup>2</sup>, sem que se procedesse ao respectivo equilíbrio orçamentário. Os exemplos das prestações de saúde e das exigências em matéria de segurança pública ilustram o ponto. Assim, embora tenham sido ampliadas as competências tributárias de Estados e Municípios, seus gastos também se ampliaram, mas em grau ainda maior.

6. Simultaneamente, a capacidade de endividamento de Estados e Municípios foi reduzida. A Lei nº 7.976, de 1989, que previa a possibilidade de renegociação das dívidas estaduais com juros subsidiados, permitiu o bloqueio de repasses do Fundo de Participação dos Estados quando eles não saldassem suas dívidas junto ao Banco do Brasil<sup>3</sup>. A Emenda Constitucional nº 3/93<sup>4</sup> proibiu que os Estados contraíssem novas dívidas até dezembro de 1999. O Governo Federal não autorizaria novos financiamentos de instituições federais a Estados inadimplentes com a União e inscritos no CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal<sup>5</sup>.

7. Ao longo da década de 1990, várias tentativas foram feitas no sentido de consolidar as dívidas dos Estados e organizar seu pagamento, submetendo-o a limites máximos de comprometimento mensal das receitas dos entes federados. A ideia era racionalizar o pagamento da dívida, limitando a quantidade de recursos que os Estados teriam de despendar a esse título a cada mês, de modo que o funcionamento de tais entes fosse

<sup>1</sup> Neste sentido v. Salete Oro Boff, Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível, 2005, p. 144.

<sup>2</sup> Ricardo Varsano, A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: Anotações e reflexões para futuras reformas, 1996, p. 15. Texto para discussão nº 405 do IPEA, disponível em <<http://www.bndes.gov.br>>. Nos termos da Lei nº 4.320, de 1964, consideram-se despesas correntes: (i) as despesas de custeio – “dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis” (art. 12, § 1º) e; (ii) as transferências correntes – “dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado” (art. 12, § 2º). As despesas de custeio envolvem despesas com pessoal civil e militar, material de consumo, serviços de terceiros e encargos diversos. Por sua vez, as transferências correntes englobam despesas com subvenções sociais, subvenções econômicas, inativos, pensionistas, salário família e abono familiar, juros da dívida pública, contribuições de Previdência Social e “diversas transferências correntes” (art. 13).

<sup>3</sup> Lei nº 7.976, de 1989, arts. 1º e 3º, II: “Art. 1º. O Poder Executivo refinanciará, no prazo de 20 (vinte) anos, em prestações semestrais, as dívidas de entidades da Administração Direta e Indireta, estadual e municipal, derivadas de empréstimos que lhes tenham sido concedidos pela União, com a finalidade de honrar compromissos financeiros decorrentes de operações de crédito externo, garantidas pelo Tesouro Nacional. (...) Art. 3º. Os contratos de financiamento e refinanciamento de que trata esta Lei serão firmados pelo Banco do Brasil S.A., na qualidade de agente do Tesouro Nacional, e conterão, necessariamente, cláusulas estipulando: (...) II - vinculação das quotas ou parcelas referidas no art. 159 da Constituição Federal, em garantia”.

<sup>4</sup> EC nº 3, de 1993, art. 5º: “Até 31 de dezembro de 1999, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos, ressalvado o disposto no art. 33, parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

<sup>5</sup> Nesse sentido, v. Francisco Rigolon e Fabio Giambiagi, Renegociação das dívidas estaduais: um novo regime fiscal ou repetição de uma antiga história?, p. 13. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/clientes/federativo/bf\\_bancos/e0000366.pdf](http://www.bndes.gov.br/clientes/federativo/bf_bancos/e0000366.pdf)>. Acesso em: 19.fev.2009.

<sup>6</sup> A primeira grande crise do endividamento estadual ocorreu após a moratória da dívida externa mexicana em 1982. Os Estados deixaram de honrar seus compromissos externos obrigando a União

preservado<sup>6</sup>. A iniciativa, ainda que bem inspirada, acabou por não ser eficaz, pois várias dívidas ficaram fora desse limite. Como consequência, praticamente todos os Estados têm, hoje, dívidas intra e extralimite que, somadas, ultrapassam em muito o limite de comprometimento máximo cogitado pelas leis que trataram do assunto. Parte significativa dos recursos estaduais encontra-se hoje vinculada ao pagamento das dívidas e da folha de pessoal, o que impede os Estados de executarem as políticas públicas de sua competência<sup>7</sup>.

8. Note-se, porém, que parte da situação atual de crise financeira dos Estados tem origem em iniciativas de competência da União. A modificação do regime cambial<sup>8</sup>, por exemplo, levada a cabo pelo Governo Federal, fez multiplicar as parcelas da dívida estadual indexadas ao dólar. Esse é um elemento sobre o qual, naturalmente, os Estados não têm qualquer controle. Quanto à arrecadação, ao invés de majorar os impostos existentes, a União tem optado nos últimos anos pela criação de novas contribuições, que não se submetem a transferências diretas aos Estados e Municípios nem entram na composição dos Fundos de Participação<sup>9</sup>. O artifício para excluir os demais entes da partilha tributária resta evidente quando os recursos arrecadados com as novas contribuições destinam-se ao custeio de despesas gerais do Governo Federal, e não aos fins para os quais foram instituídas, nada obstante a regra da vinculação seja um de

Federal, garantidora dessas operações, a pagar as dívidas estaduais. O respectivo refinanciamento pela União foi normatizado pela Lei nº 7.976, de 27.12.89, que estabelecia o prazo de pagamento de 20 anos, com 5 anos de carência. No início da década de 90, houve outra renegociação, que recaiu sobre as operações de crédito internas junto aos bancos federais (BB, CEF e BNDES), pelo prazo de 20 anos e sem carência, tendo sido regulada pela Lei nº 8.727, de 05.11.93. Introduzia-se, a partir de então, o controle por limite de comprometimento de receita. Finalmente, através da Lei nº 9.496, de 11.09.97, firmou-se novo refinanciamento com a criação do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados (Proes). Posteriormente, tal lei veio a ser alterada por medida provisória sucessivamente reeditada (Medida Provisória nº 2.192-70, de 24.08.01), que estabelece mecanismos objetivando incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, dispõe sobre a privatização de instituições financeiras, e dá outras providências.

<sup>6</sup>Salete Oro Boff, Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível, 2005, p. 164: "O incremento na repartição das receitas não foi suficiente para que Estados-Membros e municípios alcançassem a estabilidade de suas finanças. Corroboraram a criação do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e a Lei Kandir, as quais subtraíram parte das receitas dos entes regionais e locais, representando centralização fiscal e quebrando a regularidade dos mecanismos de transferência de receitas intergovernamentais. Aliado a isso, o complexo contexto político de juros incidentes sobre os compromissos de Estados-Membros e municípios fez com que as dívidas desses entes aumentassem significativamente, deixando muitos em situação financeira crítica. A renegociação das dívidas com a União, antes de solucionar os problemas das administrações estaduais e municipais, vem comprometendo parcela significativa da receita mensal que, somada aos custos da folha de pagamento de seus funcionários, quase impede que os governos implementem seus projetos de governo".

<sup>7</sup>Faz-se referência à implantação do modelo de câmbio flutuante, adotado no Brasil em 1999.

<sup>8</sup>No mesmo sentido v: José Roberto Rodrigues Afonso, Federalismo e reforma tributária: na visão do economista, Direito Público 8, p. 170, 2005: "É inquestionável o avanço da cobrança das contribuições sociais da União diante dos impostos compartilhados com os governos subnacionais, com uma clara tendência de acirramento da centralização da arrecadação já manifesta nos anos mais recentes (porém, agora, alcançando também a chamada receita disponível, ou seja, depois de computada a repartição constitucional de tributos)".

<sup>9</sup>Salete Oro Boff, Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível, 2005, p. 164. André Elali, O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão, Revista Tributária e de Finanças Públicas 69:23, 2006: "A União, por possuir a competência relativa às contribuições, vem instituindo diferentes tributos que, em verdade, não se caracterizam como contribuições, tudo para evitar a transferência de recursos aos estados e Municípios. E este é um problema dos maiores, porquanto

seus elementos essenciais<sup>10</sup>.

9. Os registros acima revelam não só a crise financeira dos Estados, como também a tendência de concentração de receitas na União<sup>11</sup>, observada desde a promulgação da Carta de 1988, a despeito do que dispunha o texto constitucional original e, a rigor, do que decorre do sistema instituído pelo constituinte. É nesse contexto fático, portanto, que se coloca o debate jurídico que se passa a descrever.

## I. CARÁTER EXCEPCIONAL DA RETENÇÃO DE RECURSOS ESTADUAIS

### 1. Federação, autonomia e autonomia financeira

10. O Brasil é uma República Federativa, na dicção expressa do art. 1º da Constituição de 1988. Federação expressa um modo de distribuição do poder, no âmbito do Estado, tendo por pressuposto a descentralização política. Os conceitos essenciais na matéria são os de autonomia e de repartição de competências.

11. *Autonomia* significa a capacidade de autodeterminação dos Estados-membros no âmbito do espaço demarcado pela Constituição. É clássica a afirmação de que ela consiste nas capacidades de auto-organização, autogoverno e autoadministração. A *repartição de competências*, por sua vez, envolve as de natureza político-administrativa, legislativa e tributária. Em matéria de competências tributárias, Estados e Municípios, além de seus tributos próprios, beneficiam-se de transferências de rendas que lhes são feitas pela União.

12. Como natural e intuitivo, a autonomia financeira é uma dimensão fundamental da autonomia do Estado-membro: sem recursos próprios o Estado não tem como se auto-organizar, se autogovernar, nem como cumprir, na prática, as competências que lhe foram conferidas pela Constituição Federal<sup>12</sup>. A independência financeira do ente federado é condição necessária da sua autonomia política e administrativa. Não há controvérsia sobre a questão, que foi destacada pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar justamente do ponto específico que será examinado neste estudo: as transferências governamentais. Esse o registro da Corte, *verbis*:

*("... para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual,*

além de desnaturar a espécie tributária em si, que deve manter um mínimo de referibilidade com a atuação estatal e/ou com a fonte da receita, não se transfere aos demais entes parte do montante arrecadado, por não se qualificar como imposto. (...) Desta forma, pode-se afirmar que há um certo desequilíbrio do poder tributante da união em relação aos Estados e Municípios, passando a ter aquela, a cada dia, maiores poderes para determinar os rumos da Federação. E tal realidade repercute nos problemas de ordem financeira dos outros entes federativos, que ficam cada vez mais dependentes da União, dos recursos federais e das transferências intergovernamentais".

<sup>11</sup>V. Amir Khair, Erika Amorim Araújo e José Roberto R. Afonso, Carga Tributária – mensuração e impacto sobre o crescimento, Revista de Economia e Relações Internacionais 7:13, 2005: "mesmo depois de computadas as repartições constitucionais de impostos, a distribuição da receita disponível indica que a participação relativa federal subiu para cerca de 59% da carga global, percentagem antes só observada em 1994 e 1990, após a última reforma tributária. Por sua vez, o peso relativo dos estados caiu para 24,6% (a mais baixa participação desde 1987) e o dos municípios, para 16,5%, ambos do agregado nacional de tributos".

<sup>12</sup>V. André Elali, O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão, Revista Tributária e de Finanças Públicas 69:17, 2006: "A autonomia das entidades que constituem a Federação vai resultar exatamente do grau de 'independência' ou de 'dependência' em relação ao Governo central das entidades que a formam".

*cumpra que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles fazem jus*<sup>13</sup>.

13. Não é por outro motivo que, desde a proclamação da República, quando a forma federativa de Estado foi adotada pela primeira vez, as Constituições brasileiras detalham as competências tributárias de cada ente da Federação<sup>14</sup>. Na história constitucional brasileira, houve momentos de maior ou menor centralização federativa, com reflexos imediatos na maior ou menor concentração de recursos junto à União. Desde a primeira Carta Política da República, de 1891, a repartição de competências tributárias era um meio de garantia do federalismo<sup>15</sup>. A Constituição de 1934 promoveu importantes alterações no quadro tributário do País, dentre as quais a atribuição aos Municípios de competência para instituir tributos<sup>16</sup> e a repartição de receitas<sup>17</sup>. A Constituição de 1937 pouco alterou o sistema tributário da Carta anterior, reduzindo, porém, as competências privativas dos entes menores. A Constituição de 1946 tentou resgatar o ideal federalista de 1891 conferindo maior autonomia financeira aos Municípios e aprofundando o sistema de transferências tributárias<sup>18</sup>.

14. A grande reforma tributária de 1965 tentou racionalizar o sistema. A reforma pretendia assegurar que Estados e Municípios contassem com recursos suficientes para desempenhar suas funções e, para tanto, previu um amplo sistema de transferências intergovernamentais, que garantia receita para as unidades cuja capacidade real de tributar fosse precária. Contudo, apesar de muitas de suas qualidades, a reforma se inseria no contexto de centralização política então em curso e, em 1968, com a

<sup>13</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 5.set.2008, RE 572762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>14</sup>V. André Elali, O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão, Revista Tributária e de Finanças Públicas 69:20, 2006: "A discriminação de rendas com tributos é um dos indicadores do modelo federalista proposto a um Estado, e também método de constatação dos graus de autonomia dos entes que o formam. Nestes termos, pode ser considerada como 'elemento nuclear do federalismo', pois sem que as receitas fosse repartidas entre as entidades que a compõem a Federação, não seria possível assegurar a independência financeira destas, e, por via de consequência, a sua autonomia".

<sup>15</sup>Cabiam ao governo central, de forma privativa, o imposto sobre importação, os direitos de entrada, saída e estadia de navios, taxas de selo e taxa de correios e telégrafos federais. Aos Estados competia a decretação de impostos sobre a exportação, imóveis rurais e urbanos, transmissão de propriedades e sobre indústria e profissões, além de taxas de selo e contribuições sobre seus correios e telégrafos. Em relação aos Municípios, ficou estabelecido que os Estados fixariam impostos de forma a assegurar-lhes a autonomia. Sobre o tema v: Ricardo Varsano, A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: Anotações e reflexões para futuras reformas, 1996, p. 1. Texto para discussão nº. 405 do IPEA, disponível no em <<http://www.bndes.gov.br>>, acessado em 19.02.2009 e, ainda Salette Oro Boff, Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível, 2005, p. 115.

<sup>16</sup>Salette Oro Boff, Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível, 2005, p. 116.

<sup>17</sup>Metade da receita arrecadada pelos estados com o imposto incidente sobre a indústria e as profissões seriam repartida com os municípios. Os Estados continuariam competentes para instituir criar outros impostos além de seus privativos. Tais impostos, contudo, depois de arrecadados pelos Estados, seriam, em parte, repassados, na proporção de 30%, à União e na de 20% ao município. V. Ricardo Varsano, A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: Anotações e reflexões para futuras reformas, 1996, p. 1. Texto para discussão nº. 405 do IPEA, disponível no em <<http://www.bndes.gov.br>>, acessado em 19.02.2009.

<sup>18</sup>Goffredo Telles Jr., Discriminação constitucional de fontes de receita tributária, Revista de Direito Público 4:127, 1968.

<sup>19</sup>Ricardo Varsano, A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: Anotações e reflexões para futuras reformas, 1996, p. 9. Texto para discussão nº. 405 do IPEA, disponível no em <<http://www.bndes.gov.br>>, acessado em 19.02.2009.

radicalização do regime militar, as transferências também foram restringidas<sup>19</sup>. Esse contexto de excessiva centralização só começou a ser superado a partir de 1976, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 5/75, que elevou os percentuais da arrecadação federal destinados ao Fundo de Participação dos Estados – FPE – e ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM. Nos anos subsequentes, as transferências cresceram progressivamente, como reflexo do momento de redemocratização do Brasil<sup>20</sup>.

## 2. A Constituição de 1988, o sistema de transferências governamentais e o art. 160, parágrafo único

15. No contexto da constituinte de 1986-1987 era plena a consciência de que "a existência real da autonomia" dependia da "previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições". Entendia-se que, do contrário, "a autonomia dos Estados-Membros só existirá no papel em que estiver escrita a Constituição"<sup>21</sup>. Por isso, a atual Constituição é analítica em relação às competências tributárias e à repartição de receitas (do art. 153 ao art. 162). A competência dos Estados e Municípios foi consideravelmente ampliada, como também a proporção de recursos federais repassados aos fundos de participação dos Estados e Municípios<sup>22</sup>. Com efeito, o sistema de transferências governamentais pretendia garantir um "fluxo incondicionado" de recursos para os cofres dos entes autônomos<sup>23</sup>. O ponto é disciplinado no art. 159 da Carta nos seguintes termos:

"Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de

<sup>20</sup>Neste sentido v: Salette Oro Boff, Reforma tributária e federalismo: entre o ideal e o possível, 2005, p. 162: "Na década de 80, a estrutura tributária brasileira passou a adequar-se ao processo de redemocratização do País. Nesse clima, Estados-Membros e municípios conquistam espaços e têm ampliados os critérios de partilha da receita da União".

<sup>21</sup>Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de Direito Constitucional, 1989, p. 44.

<sup>22</sup>Sobre o tema v: Sacha Calmon Navarro Coelho, Curso de Direito Tributário brasileiro, 1999, p. 63: "A Constituição de 1988 promoveu uma grande descentralização das fontes das receitas tributárias, conferindo aos Estados e Municípios mais consistência (autonomia financeira dos entes políticos periféricos, base, enfim, da autonomia política e administrativa dos mesmos)".

<sup>23</sup>Rogério Leite Lobo, Federalismo fiscal brasileiro, 2006, p. 77.

produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.

§ 1º. Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º. A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º. Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º. Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso”.

16. A rigor, o objetivo dos sistemas de transferências é corrigir duas espécies de desequilíbrios existentes em Estados Federais. Os chamados desequilíbrios *verticais* traduzem-se pela incapacidade de o governo local dar conta de suas responsabilidades e competências com os recursos que é capaz de arrecadar diretamente. Nesses casos, confere-se o poder de tributar ao ente central – que frequentemente tem maior capacidade arrecadatória –, a fim de conferir maior eficiência ao sistema, e determina-se que os recursos sejam repassados aos governos locais. Para que não se subverta a própria razão de ser do sistema, tão logo seja feita a arrecadação, os valores arrecadados devem ser imediatamente transferidos para Estados e Municípios, pois, na verdade, desde a origem, esses recursos lhes são destinados. Os desequilíbrios *horizontais* ocorrem entre entes federativos do mesmo patamar hierárquico, já que há regiões mais ricas e regiões mais pobres. O sistema de transferências destina-se a redistribuir renda e reduzir as desigualdades regionais por meio da transferência de recursos das regiões ricas para as pobres, via arrecadação realizada pelo ente central<sup>24</sup>.

17. O sistema brasileiro, tal como estruturado no art. 159, prevê tanto transferências diretas quanto indiretas, que buscam minimizar os dois tipos de desequilíbrios referidos acima. Nas transferências *diretas*, ocorre o repasse de parte da arrecadação de determinado tributo de um ente a outro, sem qualquer tipo de intermediação. Nas transferências *indiretas*, há a formação de fundos especiais, que são então distribuídos. Independentemente do tipo de transferência, ela sempre ocorre do governo de maior nível federativo para os de nível inferior: a União transfere recursos para os Estados ou os Municípios e os Estados transferem recursos para os Municípios<sup>25</sup>. Trata-se de importante instrumento de cooperação federativa, que racionaliza tanto a arrecadação quanto os gastos públicos. As tabelas abaixo especificam as transferências diretas e indiretas hoje em vigor no Brasil e ajudam na compreensão do ponto.

<sup>24</sup>V. Andréa Teixeira Lemgruber, *Federalismo fiscal no Brasil: evolução e experiências recentes*, acesso em <<http://www.marcoscintra.org>>, acessado em 27.02.2009.

<sup>25</sup>V. Andréa Teixeira Lemgruber, *Federalismo fiscal no Brasil: evolução e experiências recentes*, disponível em <<http://www.marcoscintra.org>>, acessado em 27.02.2009.

*Transferências Constitucionais Diretas*

<i>Governo Arrecadador</i>	<i>Governo Receptor</i>	<i>Imposto</i>	<i>Repasse</i>
União	Estados	O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;	100%
União	Municípios	O produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;	100%
União	Estados	Vinte por cento do produto da arrecadação de impostos que a União vier a instituir, no exercício de sua competência residual (art. 154, I);	20%
União	Estados Municípios	Operações Financeiras sobre o Ouro;	20% 70%
União	Municípios	Territorial Rural;	50%
Estados	Municípios	Circulação de Mercadorias e Serviços;	25%
Estados	Municípios	Propriedade de Veículos Automotores.	50%

*Transferências Constitucionais Indiretas (Fundos)<sup>1</sup>*

<i>Fundo</i>	<i>Tributo Federal Partilhado</i>	
	<i>IR</i>	<i>IPI</i>
Participação dos Estados e DF	21,5	21,5
Participação dos Municípios	22,5	22,5
Compensação das Exportações	-	10,0
Financiamento da Região Norte	0,6	0,6
Financiamento da Região Nordeste	1,8	1,8
Financiamento da Região Centro-Oeste	0,6	0,6
TOTAL	47,0	57,0

<sup>26</sup>Com pequenas alterações, as tabelas referidas estão disponíveis em Andréa Teixeira Lemgruber, *Federalismo fiscal no Brasil: evolução e experiências recentes*, <<http://www.marcoscintra.org>>, acesso em 27.02.2009.

18. Na linha do que se registrou acima, o Supremo Tribunal Federal já observou que, independentemente do responsável pela arrecadação, os valores arrecadados são de titularidade dos entes aos quais devem ser distribuídos, nas proporções definidas pelo texto constitucional. É apenas para permitir uma arrecadação mais eficiente de recursos que ela, eventualmente, se centraliza na União. Essa centralização da arrecadação se dá, contudo, em benefício do próprio Estado-membro, não podendo ser concebida como instrumento de limitação da autonomia estadual. Por essa razão, (i) reconhece-se um direito público subjetivo da entidade política beneficiada<sup>27</sup>, no sentido de exigir a parcela que lhe compete na arrecadação de determinado tributo<sup>28</sup>; e (ii) proíbe-se a retenção dos recursos arrecadados e atribuídos, por repartição da receita, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 160, *caput*). É nesse contexto, portanto, que se insere a exceção prevista no parágrafo único do art. 160, da Constituição Federal, cuja redação atual se transcreve mais uma vez por facilidade:

*“A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias”.*

19. A possibilidade excepcional de a União reter recursos constitucionalmente atribuídos aos Estados-membros existe desde o texto original da Carta, mas o dispositivo foi alterado por duas emendas – as ECs 3/1993 e 29/2000. Com a primeira, os Estados-membros e as autarquias, federais e estaduais, foram introduzidas entre os titulares dos créditos cujo não pagamento autorizaria a retenção. Com a segunda, o descumprimento do art. 198, § 2º, II e III, da Constituição<sup>29</sup> passou a ser previsto como fundamento para o bloqueio das transferências. A validade das emendas constitucionais referidas não será examinada e, a rigor, será assumida neste estudo.

### 3. Exigência de que os créditos sejam de titularidade direta e originária da União ou de suas autarquias

20. Os dispositivos constitucionais – como qualquer norma, aliás – não devem ser interpretados isoladamente, mas à luz do sistema constitucional<sup>30</sup>. Tendo em conta esse pressuposto, toda vez que haja a incidência de mais de um comando sobre a mesma situação de fato, será preciso harmonizá-los e, no caso de um dos comandos veicular exceção a princípio geral do sistema, é apenas natural que ele seja interpretado restritivamente. A interpretação restritiva de normas excepcionais é parâmetro há muito

<sup>27</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 5.set.2008, RE 572762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios”.

<sup>28</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 5.set.2008, RE 572762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (trecho do voto do Min. Celso de Mello).

<sup>29</sup>Constituição Federal de 1988, art. 198, § 2º: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (...) II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”.

<sup>30</sup>Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 136 e ss..

incorporado pelo direito brasileiro<sup>31</sup>.

21. No caso, não há dúvida de que o princípio federativo corresponde a princípio constitucional fundamental e cláusula pétrea (Constituição Federal de 1988, art. 60, § 4º, I), de modo que qualquer exceção que lhe seja imposta deve ser interpretada restritivamente<sup>32</sup>. Se um determinado dispositivo implica restrição à autonomia de um ente federativo – como é o caso do art. 160, parágrafo único –, ele não poderá ser interpretado de forma expansiva, sob pena de se instituir nova modalidade de intervenção nos Estados-membros, subvertendo a normalidade constitucional. Não é à toa, portanto, que o *caput* do próprio art. 160 dispõe que a regra geral deverá ser justamente a impossibilidade de retenção das transferências constitucionais.

22. Uma consequência imediata do que se expôs acima será a inviabilidade de qualquer espécie de ampliação interpretativa do disposto no art. 160, parágrafo único, da Constituição Federal. Assim, somente créditos da União ou de suas autarquias autorizam a retenção prevista no referido dispositivo<sup>33</sup>. Consequentemente, será vedado o bloqueio para pagamento de créditos de sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações federais – sendo certo que a própria Constituição Federal diferencia das autarquias todos esses entes<sup>34-35</sup>. Pelas mesmas razões, ficam vedados ainda expedientes para fraudar a taxatividade constitucional, como a cessão de créditos para a União ou autarquia federal, pelas outras entidades relacionadas acima. Se o crédito mantido pela União contra o Estado tiver sido, em sua origem, cedido por empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação federal, não poderá justificar a retenção de valores a serem transferidos ao Estado.

23. O mesmo raciocínio – interpretação restritiva do dispositivo – conduz a que apenas débitos do próprio Estado-membro, isto é da Administração direta, possam autorizar o bloqueio. Os débitos de suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações não podem justificar a retenção das transferências. Nesse caso há ainda uma razão adicional, que veda qualquer ampliação de sentido da norma: trata-se do caráter pessoal ou intranscendente das sanções, que impede que sanções ou restrições de ordem jurídica repercutam sobre outros que não o próprio infrator/devedor. Ou seja: o Estado não poderia sofrer uma restrição por débitos contraídos, e

<sup>31</sup>V., entre outros, Supremo Tribunal Federal, DJ 17.ago.2007, AC-AgR 1469/SP, Rel. Min.ª Cármen Lúcia; Supremo Tribunal Federal, DJ 20.set.2002, ADI-MC 1920/BA, Rel. Min. Nelson Jobim; Superior Tribunal de Justiça, DJ 2.ago.2007, AgRg no REsp 922047/RS, Rel. Min. Jorge Mussi; Superior Tribunal de Justiça, DJ 16.abr.2007, REsp 303129/DF, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa.

<sup>32</sup>V. Supremo Tribunal Federal, DJ 5.set.2008, RE 572762/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (trecho do voto do Min. Carlos Britto): “Vale dizer, entre duas interpretações teoricamente sustentáveis, o intérprete deve optar por aquela que mais confirma dispositivos outros constitucionais, sobretudo se dotados do *status* de princípios estruturantes; e aqui temos em jogo vários princípios estruturantes da própria Federação brasileira”.

<sup>33</sup>Leva-se, em conta, aqui, apenas as transferências aos Estados-membros.

<sup>34</sup>Constituição Federal de 1988, art. 37, XIX: “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

<sup>35</sup>V. Supremo Tribunal Federal, DJ 3.mar.2006, RE 396989/GO, Rel. Min. Marco Aurélio: “Discrepa, a mais não poder, da Lei Fundamental a retenção e a compensação de verbas municipais com débito de energia elétrica perante a sociedade de economia mista. (...) Então, dois defeitos surgem de imediato. O primeiro diz com o fato de o débito ser para com pessoa jurídica de direito privado e não pessoa jurídica de direito público – Estado ou autarquia estadual –, o segundo, com a circunstância de se haver extravasado o que autorizado pela Constituição Federal, ou seja, o campo da simples retenção para chegar-se a encontro de contas sem a participação direta e específica dos municípios”.

não pagos, por outras pessoas jurídicas, ainda que integrantes da Administração Pública. No acórdão que se segue, o Supremo Tribunal Federal esclarece o ponto:

*“O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, no CAUC, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros ou o Distrito Federal, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só a estes pode afetar. Os Estados-membros e o Distrito Federal, em consequência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas, a eles, as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.)”<sup>36</sup>.*

24. Afora a necessidade de conferir interpretação restritiva à norma em questão, é preciso também definir-lhe o sentido e o alcance com fundamento em critérios objetivos, e isso por uma circunstância da maior importância. O art. 160, parágrafo único, não determina o bloqueio, mas apenas *faculta-o*. Ora, se o Executivo federal pudesse decidir a respeito da retenção das transferências com base em mera afinidade ou inimizade partidária, haveria clara ofensa ao princípio federativo – já que Estados receberiam tratamento diverso sem uma razão justificável diante do sistema constitucional<sup>37</sup> – e também ao republicano, na dimensão da impessoalidade que deve orientar os atos estatais<sup>38</sup>. Parece evidente, portanto, que o Executivo federal deverá utilizar critérios objetivos e imparciais, que se apliquem a todos os Estados que se encontrem na mesma situação.

25. Nessa linha, paralelamente ao princípio federativo, há outras previsões constitucionais com as quais o art. 160, parágrafo único, da Constituição tem de conviver e que repercutem necessariamente sobre sua interpretação: são elas que fornecerão os fundamentos objetivos para fixação do sentido e alcance do dispositivo aqui em exame. Os capítulos seguintes se ocupam de três conjuntos dessas previsões e de suas consequências para a compreensão do art. 160, parágrafo único. Confira-se.

### III. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

26. Um primeiro elemento constitucional fundamental que se relaciona de forma direta com o tema regulado pela norma contida no parágrafo único do art. 160 da

<sup>36</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 16.jun.2006, AC-AgR-QO 1033/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

<sup>37</sup>Nesse sentido é a vedação de natureza federativa contida no art. 19, III, da Constituição: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

<sup>38</sup>Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 2003, p. 104.

<sup>39</sup>Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. I, 2001, pp. 35-6 e 116-7. Com efeito, e em geral, a autotutela é tipificada como crime (exercício arbitrário das próprias razões – CP, art. 345). Nada obstante, ela é autorizada excepcionalmente em alguns casos, de que é exemplo marcante o desforço imediato do possuidor turbado ou esbulhado (NCC, art. 1210, § 1º).

Constituição de 1988 – e com o qual, portanto, ela terá de conviver – é o direito assegurado a todos a um devido processo legal. Com efeito, como se sabe, a privação de bens, de quem quer que seja, depende de devido processo legal prévio (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV). Não há necessidade de discorrer aqui sobre a garantia do devido processo legal e nem sobre a cláusula constitucional que garante aos litigantes, inclusive em processos administrativos, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV).

27. Em um Estado de Direito, o monopólio da violência foi atribuído ao Estado e já não se admite a autotutela, salvo em situações muito excepcionais<sup>39</sup>. No âmbito das estruturas estatais, cabe ao Judiciário, no contexto de um devido processo, decidir as disputas por acaso existentes e impor a solução apurada ao final fazendo uso da coerção, se necessário. Note-se, embora se trate de um truísmo, que o que se acaba de afirmar aplica-se não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. A Constituição de 1988 chega mesmo a atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para decidir determinadas disputas entre entes políticos, como se vê do art. 102, I, f, da Carta<sup>40</sup>. Antes de prosseguir, no entanto, parece importante fazer um registro.

28. É verdade que o direito contemporâneo reconhece autoexecutoriedade aos atos administrativos, mas apenas àqueles diretamente ligados à promoção e preservação do interesse público primário<sup>41</sup>, isto é, do interesse da coletividade, sobretudo quando ele seja premente<sup>42</sup>. Não se admite, porém, *e.g.*, que o Poder Público autoexecute créditos pecuniários que detenha em face dos particulares<sup>43</sup>, de modo a contornar a exigência constitucional de submeter-se ao devido processo legal. Essa é uma das razões, aliás, pelas quais as chamadas “sanções políticas” são, há décadas, consideradas inconstitucionais<sup>44</sup>. Com efeito, ainda na década de 1960, o Supremo Tribunal Federal expediu três súmulas, que continuam em vigor, sobre a invalidade de norma que previa interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias e proibição do exercício de

<sup>40</sup>Constituição Federal de 1988, art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”.

<sup>41</sup>Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 1997, pp. 57/58: “Interesse público ou primário é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada e que isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa. (...) interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses primários”.

<sup>42</sup>José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, 2001, p. 66. No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 1993, p. 121: “A Administração só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição da atividade, apreensão ou destruição de coisas) nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública, ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância (...)”. Nesse sentido, TRF4, DJ 15 mar 2000, EDAM5 9604209477/SC, Rel. Juíza Federal Luíza Dias Cassales; TRF5, DJ 18 out 2002, REO 9905012168/CE, Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho.

<sup>43</sup>Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 1993, p. 121-2: “Excluem-se da auto-executoriedade as multas, ainda que decorrentes de poder de polícia, que só podem ser executadas por via judicial, como as demais prestações pecuniárias devidas pelos administrados à Administração”.

<sup>44</sup>Helenilson Cunha Pontes, O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, *Dialética* 2000, p. 141-3: “O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impondibilidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita



atividade profissional como meio coercitivo de cobrança de tributo<sup>45</sup>. Desde então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>46</sup>, do Superior Tribunal de Justiça<sup>47</sup> e dos demais Tribunais<sup>48</sup> tem reiterado esse mesmo entendimento.

29. Adotando raciocínio similar, só que agora examinando a relação entre órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, o STF determinou, por exemplo, a suspensão da inscrição da Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo no CADIN e no SIAFI por conta de débito relativo à taxa de ocupação de terreno da União<sup>49</sup>. Segundo a Corte, incerta a obrigação, cuja existência está submetida à apreciação judicial, não poderia uma das partes inscrever o nome da outra em rol de devedores por decisão unilateral. Confira-se:

pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica". V. também Eduardo Fortunato Bim, A inconstitucionalidade das sanções políticas tributárias nos estado de direito: Violação ao *substantive due process of law* (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.), Grandes questões atuais do direito tributário, v. 8, 2004, p. 67-92; e Edilson Pereira Nobre Júnior, Sanções administrativas e princípios de direito penal, Revista dos Tribunais 775:449-70, 2000.

<sup>45</sup>Supremo Tribunal Federal: "Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"; "Súmula 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"; e "Súmula 547. Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

<sup>46</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 29 nov 1962, RMS 9698, Rel. Min. Henrique D'Avila; DJ 09 mai 1968, RE 61367/SP, Rel. Min. Thompson Flores; DJ 01 abr 1975, RE 76455/MG, Rel. Min. Leidão de Abreu; e Supremo Tribunal Federal, DJ 15 abr 2005, RE 415015/RS, Rel. Min. Celso de Mello: "Ementa: sanções políticas no direito tributário. Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal). (...) Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (Constituição Federal, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (Constituição Federal, art. 5º, XIII), de outro - e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários -, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. Octávio Gallotti)".

<sup>47</sup>Superior Tribunal de Justiça, DJ 25 abr 1994, REsp 16953/MG, Rel. Min. Demócrito Reinaldo; DJ 19 fev 2001, REsp 152928/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins; e DJ 30 ago 2004, REsp 633675/RS, Rel. Min. Luiz Fux.

<sup>48</sup>TRF2, DJ 22 fev 2000, AMS 22218/RJ, Rel. Juiz Rogério Carvalho; TRF5, DJ 30 set 2002, REOMS 69688/PE, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho. No mesmo sentido, v. TRF5, DJ 21 mai 1999, AGTR 18507/PE, Rel. Juiz Rivaldo Costa: "A fazenda pública deve cobrar os seus créditos pela via executiva fiscal. Valer-se de cobrança indireta, condicionando a inscrição em CGC ao pagamento de débito anterior (no caso, débito de outra pessoa) é uma sanção política, inadmissível pelo ordenamento jurídico. A cobrança por via indireta, isto é, condicionar a inscrição no CGC ao pagamento do débito, elimina qualquer oportunidade de defesa, assegurada pelo processo de execução"; e TRF5, DJ 30 set 2002, REOMS 69688/PE, Rel. Des. Fed. Ivan Lira de Carvalho: "É firme o entendimento jurisprudencial que é inconstitucional a imposição de restrição à atividade comercial do contribuinte como forma de exigir a cobrança de créditos tributários. As instruções normativas que fundamentam a negação da inscrição da empresa no cadastro nacional de pessoa jurídica de registro, extrapolaram suas funções meramente orientadoras, contrariando e instituindo norma de conduta aos particulares. A fazenda nacional, ao opor-se ao deferimento da pretendida inscrição, instituiu norma de caráter privativo, consubstanciando em sanção política".

<sup>49</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 25 ago.2006, AC-MC-QO 659/DF, Rel. Min. Carlos Britto.

"(...) a controvérsia acerca da existência ou não do débito está submetida à apreciação judicial. Desse modo, para que se dê cumprimento ao devido processo legal, impõe-se e recomenda-se se esteja a inscrição do nome do requerente no rol de devedores do referido órgão. A incerteza da obrigação que lhe é exigida, dado que submetida a sua legitimidade e liquidez à apreciação do Poder Judiciário, não autoriza o seu assentamento nos cadastros de restrição ao crédito"<sup>50</sup>.

30. Em suma: salvo situações excepcionais, a Administração Pública não está autorizada a autoexecutar créditos que entenda deter contra terceiros. Havendo disputa, caberá ao Judiciário, observado o devido processo legal, decidir a matéria. Ora, considerando o que se acaba de expor, já se pode extrair uma primeira conclusão acerca do sentido e alcance da possibilidade de retenção de que trata o parágrafo único do art. 160 da Constituição.

31. A retenção das transferências constitucionais permitida pelo dispositivo aqui em exame constitui um meio de execução coativa e pagamento de dívida do Estado-membro<sup>51</sup>. Ocorre que só se poderá forçar alguém ao pagamento de dívida certa, líquida e exigível - requisitos para a exequibilidade de qualquer crédito<sup>52</sup>. Havendo discussão administrativa ou judicial quanto à existência, à quantificação ou ao vencimento do débito, não há a possibilidade de retenção, porque tampouco seria possível a execução do referido valor<sup>53</sup>. Com a impugnação da dívida, a Administração-credora não pode afirmar com certeza a existência ou os demais atributos da dívida e, portanto, não está autorizada a autoexecutá-los por meio da faculdade que lhe confere o art. 160, parágrafo único, da Constituição.

32. Uma última observação. O texto do parágrafo único do art. 160 da Constituição trata expressamente de "pagamento", não cogitando de a retenção em tela ser manejada, na pendência de discussão judicial ou administrativa sobre o débito, como forma de "garantia" em benefício da União. Ora, em primeiro lugar, se o dispositivo, de natureza excepcional, não trata da hipótese, não é viável qualquer interpretação ampliativa pelas razões já expostas. Há mais que isso, porém.

33. Diferentemente do que acontece com devedores particulares, o Estado não está obrigado a garantir o juízo para discutir eventuais créditos que lhe estejam sendo cobrados. As razões imediatas para isso são simples. Em primeiro lugar, presume-se a solvabilidade do Estado<sup>54</sup>. No âmbito específico das relações entre União e Estado-

<sup>50</sup>Decisão do Min. Maurício Corrêa, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, referendada pelo Plenário do Tribunal em DJ 5.mar.2004, AC-AgR 39/PR, Rel. Min. Ellen Gracie.

<sup>51</sup>À semelhança do que se vê no art. 475-J do CPC: "Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação".

<sup>52</sup>Código de Processo Civil, art. 586: "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível".

<sup>53</sup>E observe-se que a possibilidade de contraditar a dívida faz parte do devido processo a ser observado para a inscrição do Estado como inadimplente. Nesse sentido, v. Supremo Tribunal Federal, DJ 31.out.2007, ACO-QO 1048/RS, Rel. Min. Celso de Mello: "Cabe referir, a esse respeito, que a inscrição, no CADIN/SIAFI, do alegado débito do Estado do Rio Grande do Sul parece haver sido efetivada com possível violação ao postulado constitucional do devido processo legal (também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo), pois, segundo afirma o Estado requerente, a inscrição foi feita [...] sem que lhe fosse propiciada a oportunidade de contraditar o entendimento da União/DEPEN (...)".

<sup>54</sup>Superior Tribunal de Justiça, DJ 10.set.2001, REsp 259942/MG, Rel. Min. Franciulli Netto; Superior Tribunal de Justiça, DJ 10.mar.1997, REsp 96851/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

membro, mais que presumida, essa solvabilidade é certa, já que é a própria União quem arrecada parte importante dos recursos titularizados pelos Estados. Em segundo lugar, e de todo modo, o sistema padrão pelo qual o Estado – caso seja considerado devedor – deverá pagar afinal suas dívidas<sup>55</sup> é o precatório, de modo que “garantir” o juízo não teria qualquer utilidade no sentido de facilitar o recebimento dos valores devidos pelo credor, além de impedir que o Poder Público faça uso de tais recursos. No tópico seguinte se voltará à questão dos precatórios.

34. É por tais razões que se entende, com tranquilidade, que o oferecimento de embargos pela Fazenda – contra a qual, lembre-se, não se aplica o procedimento especial da execução fiscal<sup>56</sup> – suspende a execução e autoriza a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa<sup>57</sup>. Também a Lei nº 10.522/2002, que disciplina o CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal –, impede a inscrição de devedores por obrigações ainda não vencidas (art. 2º, I<sup>58</sup>) e dos que comprovem que ajuizaram ação judicial para discutir a dívida (art. 7º, I e II<sup>59-60</sup>). O entendimento, na mesma linha, é o de que, no caso de pessoas de direito público, a prova do ajuizamento de ação discutindo o ponto já impede a inscrição no CADIN, sem qualquer exigência em matéria de “garantia”<sup>61</sup>.

35. Em resumo: a retenção de que cuida o parágrafo único do art. 160 da Constituição não poderá ser manejada pela União na pendência de discussão judicial ou administrativa sobre o débito, nem mesmo sob o pretexto de “garantia”, na medida em que apenas créditos certos, líquidos e exigíveis autorizam a autoexecução de que cuida o texto constitucional.

#### IV. DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

36. Um segundo elemento que necessariamente haverá de ser considerado na definição do sentido e alcance do art. 160, parágrafo único, da Constituição, envolve o conjunto de regras constitucionais que disciplinam a forma pela qual o Estado paga

<sup>55</sup>Fala-se, aqui, é claro, de dívidas decorrentes de condenação judicial.

<sup>56</sup>V. Supremo Tribunal Federal, DJ 6.ago.2004, RE-Agr 421233/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, que se reporta a precedentes do extinto TFR nos quais se assentou: “Da execução contra a Fazenda Pública não cuidou a Lei nº 6.830/80. Aplicabilidade do disposto no art. 730, CPC” (TFR, DJ 19.dez.1985, AC 103362/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; TFR, DJ 19.mai.1988, REO 141882/SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

<sup>57</sup>Neste sentido confira-se: Superior Tribunal de Justiça, DJ 2.dez.2002, REsp 443024/RS, Rel. Min. Luiz Fux, “Na execução fiscal proposta contra Município, em se tratando de pessoa jurídica de direito público não sujeita a penhora de bens, opostos embargos à execução, recebidos e processados, tem o embargante direito a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa”. Ainda: Superior Tribunal de Justiça, DJ 21.out.2002, REsp 396341/SC, Rel. Min. Garcia Vieira e Superior Tribunal de Justiça, DJ 17.out.2005, AgrRg no REsp 736730/SC, Rel. Min. Francisco Falcão.

<sup>58</sup>Lei nº 10.522, art. 2º: “O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que: I - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta”.

<sup>59</sup>Lei nº 10.522, art. 7º: “Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que: I - tenha ajuizado ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei; II - esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei”.

<sup>60</sup>Sobre o tema, v. TRF4, DJ 30. mar.2005, AG 48046/RS, Rel. Des. Wellington Mendes de Almeida, “Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, consabida a presunção de solvabilidade que lhe favorece, a propositura de demanda na qual seja questionada a obrigação que se lhe imputa enseja a exclusão do registro no Cadin, na forma do art. 7º, I, da Lei 10.522, de 2002”.

<sup>61</sup>Neste sentido, v. TRF1, DJ 9.jul.2001, REO 67278/MA, Rel. Juíza Kátia Balbino de C. Ferreira, “A inalienabilidade dos bens de uma pessoa jurídica de direito público assegura ao Município o direito de embargar execuções fiscais sem garantia do Juízo”.

suas dívidas. Definido pelo Poder Judiciário no âmbito de um processo que o Poder Público é devedor de determinada quantia, o pagamento respectivo não se dá, como se sabe, de imediato. A decisão judicial final autoriza a expedição de um título que recebe o nome de “precatório” e o magistrado competente encaminha ofício ao Presidente do Tribunal a que se vincula, solicitando que providencie junto à Fazenda Pública a inclusão do débito no orçamento do ano seguinte (Constituição Federal de 1988, art. 100, § 1º; Código de Processo Civil, art. 730, I)<sup>62</sup>. O pagamento deverá ter lugar em conformidade com a ordem de apresentação dos precatórios, para que se garanta igualdade de tratamento a todos aqueles que são credores do Estado<sup>63</sup>.

37. Além da preocupação fundamental com os princípios da igualdade e da impessoalidade, os principais fins que o sistema de precatórios pretende viabilizar são: (i) a necessária vinculação do Poder Público às leis orçamentárias, elaboradas, em geral, um ano antes dos efetivos dispêndios (Constituição Federal de 1988, art. 165, III); e (ii) a continuidade da prestação de serviços públicos considerados essenciais pela própria Constituição, que exigirá, por natural, o gasto dos recursos orçamentários planejados para esse fim. No tópico seguinte se cuidará dessa segunda razão. Por ora basta destacar que o sistema de precatório – que não é excepcionado sequer para satisfação de créditos de natureza alimentar<sup>64</sup> – visa a garantir o respeito à legalidade orçamentária e assegurar

<sup>62</sup>Antônio Flávio de Oliveira, *Precatórios: Aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais*, 2007, p. 46: “(...) pode-se afirmar que precatório é ato administrativo de comunicação, possuindo, mais especificamente, a característica de ato de comunicação interna, por intermédio do qual o Estado-Poder Judiciário comunica-se com o Estado-Poder Executivo, dando-lhe notícia da condenação a fim de que, ao elaborar o orçamento-programa para o próximo exercício, o valor correspondente tenha sido incluído na previsão orçamentária”.

<sup>63</sup>V. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 523: “Às vezes se define o precatório como ‘ordem do pagamento de verba pública’. Mas não nos parece que esse seja um conceito que exprima o correto sentido daquele termo. Como se passam as coisas? Há uma sentença transitada em julgado que condena a Fazenda Pública a pagar determinada quantia. O procedimento de execução dessa sentença difere do sistema geral de execução de sentenças. O magistrado incumbido da execução da sentença não se dirige ao devedor, determinando o pagamento sob pena de penhora. Ele, juntando cópia da sentença e demais peças processuais pertinentes, oficia ao presidente do tribunal a que está vinculado, solicitando as providências cabíveis no sentido não da requisição da importância necessária à satisfação do débito, mas de sua previsão orçamentária. Com efeito, de posse da solicitação do juiz, o presidente juiz, o presidente do tribunal envia à Fazenda Pública competente um ofício, dito ‘ofício requisitório’, para que faça a inclusão, no orçamento, do numerário destinado a saldar o débito. O ofício requisitório é, pois, um documento pela qual se requisita do poder Executivo que inclua no orçamento dotação suficiente para o pagamento o valor que ele estipula. Mas esse ofício é simplesmente uma peça de execução da sentença que condenou a Fazenda Pública a pagar a quantia certa. A obrigação de pagar provém da sentença condenatória, e para seu cumprimento o ofício requisita da Fazenda Pública devedora as providências orçamentárias para que o pagamento possa ser feito”.

<sup>64</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 9.nov.2007, SL-Agr 158/CE, Rel. Min. Ellen Gracie: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o disposto no *caput* do art. 100 da Constituição da República, firmou-se no sentido de submeter, mesmo as prestações de caráter alimentar, ao regime constitucional dos precatórios, ainda que reconhecendo a possibilidade jurídica de se estabelecerem duas ordens distintas de precatórios, com preferência absoluta dos créditos de natureza alimentícia (ordem especial) sobre aqueles de caráter meramente comum (ordem geral)”. Somente as condenações de valor reduzido são excluídas da sistemática dos precatórios e pagas através das requisições de pequeno valor – *RPVs*, previstas no art. 100, § 3º, da Constituição Federal de 1988: “O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

ao Poder Público condições mínimas de planejamento para o desempenho das funções que a própria Constituição lhe atribui<sup>65</sup>.

38. A repercussão do que se acaba de registrar é direta no sentido do art. 160, parágrafo único, da Constituição. O dispositivo, não há dúvida, constitui uma exceção ao sistema de precatórios, admitindo que a União receba seus créditos certos, líquidos e exigíveis por meio da retenção de transferências referida, e não pela forma tradicional de que cuida o art. 100 da própria Constituição. Por outro lado, as regras constitucionais que tratam da legalidade e da anualidade orçamentárias<sup>66</sup> continuam vigentes, obrigam a todos os entes públicos e são pertinentes na hipótese, de modo que não podem ser ignoradas pelo intérprete. Caso a União pudesse, a qualquer momento, sem aviso, simplesmente reter valores com os quais o Estado contava em seu planejamento orçamentário para o ano, é evidente que as regras constitucionais referidas seriam afetadas. O ponto, na realidade, não é complexo.

39. Considerando o sistema constitucional como um todo, e em particular o aspecto destacado neste tópico, parece apenas natural que a interpretação do art. 160, parágrafo único, da Carta não poderá ter como resultado a violação das regras da legalidade e da anualidade por parte dos Estados-membros. A fórmula prática de produzir esse resultado pode ser facilmente extraída do próprio sistema constitucional: a analogia com o funcionamento do sistema de precatórios é bastante própria. Caberá à União – até 1º de julho – informar o Estado devedor dos valores que pretende reter, com fundamento no parágrafo único do art. 160 da Constituição, no início do exercício seguinte. Diante dessa informação, o Estado-membro estará em condições adequadas, de um lado, de contabilizar tais pagamentos em sua lei orçamentária para o ano seguinte e, de outro, de considerar essa redução em sua expectativa de receita em seu planejamento orçamentário.

## V. LIMITAÇÕES DECORRENTES DE OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ESTADO

40. Há ainda um terceiro conjunto de disposições constitucionais com os quais terá de conviver o art. 160, parágrafo único, da Carta. Como é corrente, a Constituição de 1988 impôs aos Estados-membros determinadas obrigações essenciais que envolvem o dispêndio de recursos públicos e devem, necessariamente, ser adimplidas. Assim, o mesmo sistema que autoriza à União a retenção de valores de titularidade dos Estados-membros para pagamento de seus créditos impõe igualmente aos Estados obrigações que não podem ser ignoradas: será necessário, portanto, harmonizar esse conjunto normativo. Seis dessas obrigações essenciais merecem referência específica, tanto por sua objetividade e vinculação direta a valores fundamentais para a ordem

constitucional, quanto pelas consequências associadas ao descumprimento de tais obrigações. Confira-se:

(i) investimento mínimo em educação (Constituição Federal de 1988, art. 212);

<sup>65</sup>Antônio Flávio de Oliveira, *Precatórios: Aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais*, 2007, p. 34: "(...) é o precatório justificado como forma moralizadora do pagamento dos débitos judiciais do Poder Público, sem que haja preferência ou privilégios de cunho subjetivo e, principalmente, sem a disposição, para o mister, de bens que integrem o patrimônio público, além de permitir, em razão dos procedimentos orçamentário-financeira envolvidos na sua concretização, o ordenamento dos gastos públicos".

<sup>66</sup>V. especialmente Constituição Federal de 1988, art. 165: "Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) III - os orçamentos anuais".

- (ii) investimento mínimo em saúde (Constituição Federal de 1988, art. 198, § 2º, II);
- (iii) repasses obrigatórios aos Poderes Legislativo e Judiciário (Constituição Federal de 1988, art. 168);
- (iv) transferências obrigatórias aos Municípios (Constituição Federal de 1988, arts. 158, III e IV, 159, II e III);
- (v) despesas de pessoal nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Constituição Federal de 1988, arts. 7º, 37, XV, e 39, § 3º); e
- (vi) despesas de custeio e precatórios com natureza alimentar (Constituição Federal de 1988, art. 100).

41. Como se sabe, a Constituição estabelece que os Estados deverão investir *percentuais mínimos em educação e saúde*. No caso da educação, a regra consta do art. 212 da própria Constituição<sup>67</sup>, que determina a aplicação de 25% da receita resultante de impostos (incluída a proveniente de transferências). No caso da saúde, a obrigação decorre do que dispõe o art. 198, § 2º, II, e § 3º da Carta de 88<sup>68</sup>. O não-cumprimento dessas regras constitucionais pelos Estados-membros autoriza a decretação de intervenção federal (Constituição Federal de 1988, art. 34, VII, e<sup>69</sup>) e, no caso da educação fundamental, enseja também a responsabilidade pessoal da autoridade competente (Constituição Federal, art. 208, § 2º)<sup>70</sup>.

<sup>67</sup>Constituição Federal de 1988, art. 212: "A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino."

<sup>68</sup>Constituição Federal de 1988, art. 198, § 2º: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (...) II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I – os percentuais de que trata o § 2º". V. também o art. 77 do ADCT à Constituição Federal de 1988: "Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: (...) II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (...) § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento".

<sup>69</sup>Constituição Federal de 1988, art. 34: "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde."

<sup>70</sup>Constituição Federal de 1988, art. 208, § 2º: "O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente"; e Lei nº 9.394, de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), art. 5º: "O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo. (...) § 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade".

42. Não há necessidade de destacar a importância de tais normas, pois o próprio sistema constitucional se encarrega disso. O Supremo Tribunal Federal já ressaltou, em várias decisões, que o direito à saúde representa “consequência constitucional indissociável do direito à vida”<sup>71</sup>. Quanto à educação, ela funciona como um pressuposto lógico do desenvolvimento da democracia, já que dela depende, em boa medida, o exercício consciente da cidadania.

43. O repasse financeiro dos duodécimos correspondentes às dotações orçamentárias destinadas aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público é regulado no art. 168 da Constituição de 1988<sup>72</sup>. O ponto não enseja maior debate. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o Poder Executivo não pode dispor das receitas orçamentárias que são destinadas diretamente aos demais Poderes pela Constituição. No entendimento da Corte, o dispositivo constitucional consagra garantia de autonomia financeira – elemento sensível do princípio constitucional da separação de poderes – e, dessa forma, sua eficácia não pode ser contida sequer em virtude de dificuldades de caixa<sup>73</sup>.

<sup>71</sup>Supremo Tribunal Federal, RE 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31.03.00; REAgR 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.00: “Paciente com HIV/AIDS - Pessoa desituída de recursos financeiros - Direito à vida e à

saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - dever constitucional do poder público (cf. arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (Supremo Tribunal Federal) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...) O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.”; e, também sobre esse assunto, ADPFMC 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.05.04.

<sup>72</sup>Constituição Federal de 1988: “Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º”.

<sup>73</sup>Supremo Tribunal Federal, DJ 27.out.1995, MS-Agr-QO 21291/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar, em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitrária do orçamento – ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados –, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições”; Supremo Tribunal Federal, DJ 21.ago.1992, ADI-MC 732/RJ, Rel. Min. Celso de Mello: “O comando emergente da norma inscrita no art. 168 da Constituição Federal tem por destinatário específico o Poder Executivo, que está juridicamente obrigado a entregar, em consequência desse encargo constitucional, até o dia 20 de cada mês, ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público, os recursos orçamentários, inclusive aqueles correspondentes aos créditos adicionais, que foram afetados, mediante lei, a esses órgãos estatais. - A prerrogativa deferida ao Legislativo, ao Judiciário e ao Ministério Público pela regra consubstanciada no art. 168 da Lei Fundamental da República objetiva assegurar-lhes, em grau necessário, o essencial coeficiente de autonomia institucional. A ‘ratio’ subjacente a essa norma de garantia radica-se no compromisso assumido pelo legislador constituinte de conferir as instituições destinatárias do ‘favor constitucionais’ o efetivo exercício do poder de autogoverno que irrecusavelmente lhes compete”; Supremo Tribunal Federal, DJ 5.jun.1992, MS 21450/MT, Rel. Min. Octávio Gallotti: “Repasse duodecimal determinado no art. 168 da Constituição. Garantia de independência, que não está sujeita à programação financeira e ao fluxo da arrecadação. Configura, ao invés, uma ordem de distribuição prioritária (não somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias, consignadas ao Poder Judiciário. Mandado de segurança deferido, para determinar a efetivação dos repasses, com exclusão dos atrasados relativos ao passado exercício de 1991 (Sumula 271)”; Supremo Tribunal Federal, MS 21463/AL, DJ 22.abr.1992, Rel. Min. Néri da Silveira; Supremo Tribunal Federal, DJ 11.out.1996, AOR 311/AL, Rel. Min. Marco Aurélio; Supremo Tribunal Federal, DJ 26.set.1997, MS 22.384/GO, Rel. Min. Sydney Sanches; e Supremo Tribunal Federal, DJ 16.mai.2003, MS 23267/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes.

44. A Constituição prevê ainda quatro hipóteses de transferências obrigatórias de receitas tributárias dos Estados aos Municípios<sup>74</sup>. O entendimento pacífico na matéria é o de que é vedado ao Estado-membro reter ou restringir a entrega dessas receitas por qualquer meio (salvo nos dois casos previstos pela própria Constituição<sup>75</sup>). Pelas mesmas razões que se aplicam ao próprio Estado-membro, embora o Município não detenha a titularidade da competência tributária, entende-se que tais receitas lhe *pertencem*, isto é, são receitas próprias do Município<sup>76</sup>. Tanto é assim que o Estado que deixar de efetuar os repasses nos prazos legais estará sujeito a intervenção federal (Constituição Federal de 1988, art. 34, V, b)<sup>77</sup>.

45. As despesas de pessoal têm evidente caráter alimentar e o Estado não pode simplesmente violar os direitos constitucionais das pessoas que lhe prestam serviços (Constituição Federal de 1988, arts. 7º, 37, XV, e 39, § 3º), deixando de pagar a remuneração que lhes é devida. É certo que o art. 169 da Constituição determina que as despesas com pessoal devem estar limitadas ao que disponha lei complementar, que veio a ser a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00<sup>78</sup>). Seja como for, em várias ocasiões, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a escassez de recursos do Tesouro estadual não autoriza

<sup>74</sup>Pertencem aos Municípios por participação direta: (i) cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) licenciados em seus territórios (Constituição Federal de 1988, art. 158, III); (ii) vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), observados quanto ao crédito das parcelas de receitas os critérios constantes do parágrafo único do art. 158 da Constituição (Constituição Federal de 1988, art. 158, IV); (iii) vinte e cinco por cento dos recursos que os Estados receberem da União a título de participação no produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados (IPI), na proporção fixada pelo art. 159, II, da Constituição, observados quanto ao crédito das parcelas de receitas os critérios constantes do parágrafo único do art. 158 da Constituição (Constituição Federal de 1988, art. 159, § 3º); e (iv), a partir da Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.03, vinte e cinco por cento dos recursos que os Estados receberem da União a título de participação no produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (“CIDE dos Combustíveis”), na proporção fixada pelo art. 159, III, da Constituição e na forma da lei que este dispositivo menciona, no caso a Lei nº 10.336, de 19.12.01, alterada pela Lei nº 10.866, de 04.05.04 (Constituição Federal de 1988, art. 159, § 4º).

<sup>75</sup>As duas hipóteses previstas no próprio art. 160, parágrafo único, I e II, aqui examinado.

<sup>76</sup>Roque Antonio Carrazza, Curso de direito constitucional tributário, 1999, p. 439 e Ricardo Lobo Torres, Curso de direito financeiro e tributário, 2004, p. 364. Na jurisprudência, v. Superior Tribunal de Justiça, Inf. 118, RMS 12.905/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 27.11.01: “A favor do recorrente incide, no caso, a aplicação do art. 158, IV e parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, LC n. 63, de 1990, art. 3º, §§ 3º e 10 para assegurar a apuração e definição do Valor Adicional Fiscal (VAF), vez que aos municípios cabe o repasse do ICMS independentemente da efetiva arrecadação do mesmo, mormente porque os fatos revelam que os valores referentes à carga tributária devida pela Cia. Vale do Rio Doce e por esta omitidos na entrega da Declaração Anual do Movimento Econômico-Fiscal (DAMEF), Com efeito, não foram incluídos no cálculo do VAF para o Município de Ouro Preto-MG, no exercício de 1999. Outrossim incumbe ao Estado de Minas Gerais fiscalizar o recolhimento e distribuição do referido percentual assegurado constitucionalmente.”

<sup>77</sup>Constituição Federal de 1988, art. 34: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: (...) b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;”

<sup>78</sup>LC nº 101, de 2000, art. 19: “Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: (...)”

a retenção de parte da remuneração de servidores públicos ou a sua redução<sup>79</sup>.

46. Na mesma categoria encontram-se as despesas relacionadas com a manutenção da vida das pessoas, sem as quais haverá grave prejuízo para a subsistência dos afetados. No caso dos precatórios, o conceito de crédito alimentar já se encontra definido no art. 100, § 1º-A, da Constituição<sup>80</sup> e o constituinte atribuiu prioridade absoluta aos precatórios de natureza alimentar, para conferir-lhes preferência sobre todos os demais. No caso das despesas de custeio, são consideradas como despesas alimentares aquelas destinadas a manter a alimentação de presos, policiais e plantonistas médicos, por exemplo.

47. O registro é importante pois, eventualmente, os valores que a União pretenda reter poderão inviabilizar o atendimento, pelo Estado, de alguma das seis obrigações essenciais impostas aos Estados-membros pela própria Constituição. Nessa situação estar-se-á, a rigor, diante de uma colisão de normas constitucionais que demandará ponderação a ser levada a cabo diante das circunstâncias de cada caso. Veja-se que embora a colisão de normas constitucionais constitua sempre uma situação extremamente sensível, já há um relativo consenso acerca dos parâmetros que deverão orientar a ponderação nessa espécie de conflito.

48. Com efeito, doutrina e jurisprudência estão de acordo em que, embora não haja hierarquia entre os comandos constitucionais, há normas que desempenham funções mais destacadas ou têm maior ascendência axiológica sobre as demais<sup>81</sup>. O próprio texto

<sup>79</sup>Nesse sentido, v. Supremo Tribunal Federal, *DJ* 8.abr.1994, ADI 482/DF, Rel. Min. Néri da Silveira; Supremo Tribunal Federal, *DJ* 7.ago.1998, ADIn 1396/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; Supremo Tribunal Federal, *DJ* 22.out.1999, ADI-MC 1392/PI, Rel. Min. Néri da Silveira; Supremo Tribunal Federal, *DJ* 28.abr.2000, ADI-MC 2022/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão; Supremo Tribunal Federal, *DJ* 1º.fev.2002, ADI-MC 1410/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão; Supremo Tribunal Federal, *DJ* 6.out.2000, ADI-MC 2153/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão. Nos autos desta ação o Ministro Marco Aurélio averbou: "A Constituição Federal é um grande todo. E a redução de despesas, tal como prevista na Emenda nº 19, há de fazer-se com respeito irrestrito aos princípios nela insertos. Entre estes, surge o da irredutibilidade dos vencimentos, em que pese a quadra que vivemos, com a colocação em plano secundário do instituto do reajustamento, que é a reposição do poder aquisitivo da moeda – os servidores estão há mais de cinco anos sem reajuste".

<sup>80</sup>Constituição Federal de 1988, art. 100, *caput* e § 1º-A: "À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado". V. também ADCT, art. 78, *caput*: "Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos."; e art. 86, § 3º: "Art. 86. Serão pagos conforme disposto no art. 100 da Constituição Federal, não se lhes aplicando a regra de parcelamento estabelecida no *caput* do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado, que preencham, cumulativamente, as seguintes condições: (...) § 3º Observada a ordem cronológica de sua apresentação, os débitos de natureza alimentícia previstos neste artigo terão precedência para pagamento sobre todos os demais".

<sup>81</sup>V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 203.

da Carta de 1988 trabalha com a ideia, ao identificar a categoria dos *preceitos fundamentais*, cuja violação justifica a arguição de descumprimento prevista em seu art. 102, § 1º.

49. Há igualmente consenso no sentido de que entre esses preceitos fundamentais a que a Constituição se refere estão, dentre outros, os direitos que têm caráter alimentar e os direitos sociais básicos – corolários diretos da dignidade humana –, a separação de poderes e a federação<sup>82</sup>. Se é assim, diante de um conflito normativo que não possa ser superado por outro meio, e estando em confronto elementos normativos que não podem ser descritos de forma imediata como *fundamentais* (como, e.g., direitos de natureza patrimonial) e preceitos fundamentais, estes últimos devem sempre ser preservados. Note-se um ponto importante: a preferência dos preceitos fundamentais será ainda maior na medida em que os elementos em confronto – no caso específico, as dívidas do Estado para com a União – não tenham *status* constitucional.

50. Ora, as obrigações essenciais referidas acima estão diretamente relacionadas com esses preceitos fundamentais constitucionais: (i) o investimento mínimo em educação e saúde e as prestações de caráter alimentar (remuneração dos servidores e despesas de custeio e precatórios com natureza alimentar) são meios de realizar direitos elementares para a dignidade humana; (ii) as transferências para os Municípios são normas essenciais ao equilíbrio federativo; e (iii) os repasses aos demais Poderes estão diretamente relacionados com a separação de poderes.

51. Parece certo, portanto, que entre as duas opções que possam eventualmente se apresentar: a) admitir a retenção integral dos débitos estaduais com a União e sacrificar os preceitos fundamentais identificados acima; ou b) limitar a retenção para fins de pagamento de débitos com a União de modo que haja recursos suficientes para que o

<sup>82</sup>André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (org.), *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882, de 1999*, 2001; André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, 2001; Zeno Veloso, *Controle jurisdicional de constitucionalidade*, 1999; Gustavo Binbenbajm, *A nova jurisdição constitucional brasileira*, 2001; Lênio Luis Streck, *Jurisdição constitucional*, 2002; Bruno Noura de Moraes Rego, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 2003; Gilmar Ferreira Mendes, "Arguição de descumprimento de preceito fundamental" e "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz". In: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br); Juliano Taveira Bernardes, "Lei 9.882, de 1999: arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br); Clèmerson Merlin Clève, "Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, 2001; José Afonso da Silva, "Comentário de acórdãos", *Cadernos de soluções constitucionais*, nº 1, 2003; Carlos Mário da Silva Velloso, *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*, *FA*, 24:1849, 2003; Luís Roberto Barroso, "Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Hipótese de cabimento". In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999); Thomas Rosa de Bustamante, "Notas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua lei regulamentar". In: [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br); Carlos Antonio de Almeida Melo, *Alguns apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*, *RILSF*, 145:113, 2000; Ivo Dantas, "A arguição de descumprimento de preceito fundamental: a Constituição Federal e a Lei nº 9.882, de 1999". In: José Ronald Cavalcante Soares, *Estudos de direito constitucional em homenagem a Paulo Bonavides*, 2001; Murilo Andrade de Carvalho, "Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9.882, de 1999: uma leitura crítica". In: André Gustavo de Andrade (org.), *A constitucionalização do direito*, 2003; Pedro Loula e Teresa Melo, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: novo mecanismo de tutela das normas constitucionais?*, *RF*, 357:417, 2001; Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira, "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: inovações e aspectos polêmicos". In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*, 2003.

Estado cumpra as obrigações previstas pelas normas constitucionais em questão, a segunda é a que decorre logicamente do sistema constitucional.

52. A essa mesma conclusão se chega ainda por uma outra consideração que merece breve nota. O fundamento de boa parte da regulamentação, constitucional e infraconstitucional, sobre finanças públicas é o princípio que exige um mínimo de justiça financeira entre as gerações. De forma simples, o princípio significa que uma geração não pode tomar empréstimos e gastar os recursos obtidos ilimitada e irresponsavelmente, transferindo o ônus dessas operações para a próxima geração. Em suma: uma geração não pode sacrificar excessivamente a seguinte, gastando irrazoavelmente no presente e deixando a conta para ser paga no futuro<sup>83</sup>.

53. A questão, porém, é a seguinte: como realizar o princípio descrito acima do ponto de vista prático? É possível cogitar de dois mecanismos para tanto. Em primeiro lugar, pode-se impor limites objetivos ao endividamento público, e a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101, de 2000) tentou disciplinar esse ponto. Em segundo lugar, deve-se garantir que todas as gerações tenham acesso a um conjunto mínimo de atividades estatais, independentemente da quantidade de dívidas passadas que lhes caiba pagar. Não é preciso discorrer sobre a situação da geração atual de brasileiros, herdeira de pesadas dívidas contraídas no passado, quando inexistiam os limites de endividamento hoje vigentes, e, ao mesmo tempo, responsável por arcar com elevadíssima carga tributária.

54. Nesse quadro, as obrigações impostas pela Constituição aos entes federativos, e em particular aos Estados, constituem exatamente o mínimo de atividade estatal que deve ser assegurado a toda geração. Nesse momento de transição – quando já vigem as normas sobre limitação do endividamento público, mas precisam ser pagas as dívidas tomadas no passado sem esses limitadores – as prestações impostas pela Constituição aos entes federativos funcionam como o único mecanismo de realização de alguma justiça fiscal entre as gerações. De certo modo, esses foram os parâmetros empregados pelo Supremo Tribunal Federal ao “tolerar” o não-pagamento de precatórios na medida em que seu pagamento comprometeria os recursos necessários à manutenção dos serviços públicos, o que não seria justificado pelo propósito de saldar dívidas junto a particulares<sup>84</sup>.

<sup>83</sup>Ricardo Lobo Torres, Curso de direito financeiro e tributário, 2004, p. 103: “A equidade entre gerações significa que os empréstimos públicos e as despesas governamentais não devem sobrecarregar as gerações futuras, cabendo à própria geração que deles se beneficia arcar com o ônus respectivo (...) é inegável que o endividamento excessivo repercute sobre o futuro, transferindo a carga fiscal para outra geração, motivo por que o art. 167, III, vedou, em homenagem à equidade, os empréstimos que excedam o montante das despesas de capital”.

<sup>84</sup>Isso resta evidente nos pedidos de intervenção federal apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. V., por todos, Supremo Tribunal Federal, *DJ* 22.ago.2003, IF 2127/SP, Rel. Min. Marco Aurélio: “Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido”. No mesmo sentido, v. Supremo Tribunal Federal, *DJ* 19.dez.2008, AC-REF-MC 2094/RR, Rel. Min. Marco Aurélio.

Em sentido similar, embora em outro ambiente, v. TJRS, *DJRS* 13.jan.2006, Mandado de Segurança nº 70011777943, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges: Os Convênios têm por objeto a execução de Programa de Saúde Pública ou de Proteção à Saúde Pública, qual a Reciclagem e Compostagem de Resíduos Sólidos Urbanos; por isso tanto o repasse total ou parcelado dos recursos financeiros neles previstos, como a celebração de Termos Aditivos não ficam nem podem ficar submetidos às sanções

55. O parâmetro em questão – que estabelece a preferência das despesas vinculadas às obrigações essenciais referidas acima – é refletido em parte na própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000), na medida em que esta proíbe o bloqueio de transferências voluntárias<sup>85</sup> quando a verba em questão se destinar ao custeio de ações de educação, saúde e assistência social (art. 25, § 3<sup>o</sup><sup>86</sup>). Se as transferências voluntárias não podem ser bloqueadas em tais hipóteses, muito menos se poderia cogitar da retenção de transferências obrigatórias que decorrem de forma expressa do texto constitucional.

56. É possível concluir o que se expôs acima, portanto, da seguinte forma. A retenção autorizada pelo parágrafo único do art. 160 da Constituição de 1988 não pode inviabilizar as obrigações essenciais referidas acima e impostas aos Estados pela própria Constituição. Desse modo, caso seja necessário fazer uma escolha, pelo fato de não haver recursos suficientes para atender a ambas as necessidades em um determinado exercício, a retenção deverá ser limitada de modo a que remanesçam recursos suficientes para o atendimento daquelas obrigações essenciais.

## VI. CONCLUSÕES

57. É possível compendiar as conclusões apuradas ao longo do estudo nas proposições objetivas abaixo:

A. O art. 160, parágrafo único, da Constituição de 1988, ao autorizar a União a reter transferências obrigatórias de titularidade dos Estados-membros veicula exceção ao princípio federativo e à autonomia dos entes federados que dele decorre, devendo ser interpretado de forma restritiva. Ademais, o sentido e o alcance do dispositivo receberão a repercussão dos demais dispositivos do sistema constitucional que sejam pertinentes.

B. Tendo em conta a dicção do art. 160, parágrafo único, da Constituição Federal, e a impossibilidade de qualquer espécie de ampliação interpretativa na hipótese, somente créditos originários da União ou de suas autarquias autorizam a retenção prevista, não se admitindo o bloqueio para pagamento de créditos de sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações federais, ainda que posteriormente cedidos à União. Pela mesma razão, apenas débitos do próprio Estado-membro – isto é, da Administração direta – podem autorizar o bloqueio.

C. A União só está autorizada a se valer do mecanismo de que cuida o art. 160, parágrafo único, da Constituição, para autoexecutar créditos certos, líquidos e exigíveis, sob pena de violação ao devido processo legal. Havendo discussão administrativa ou

de suspensão por pendência passíveis de inclusão do ente público conveniente no CADIN/RS, por força do que dispõe o parágrafo 3º do art. 25 da lei complementar 101, de 2000, de hierarquia superior, por tal, derogatória das disposições contidas na lei estadual 10.697, de 1996, e que faz cessar sua autoridade. O prosaico registro negativo há de ceder ao interesse público, objetivo maior dos convênios, não se prestando, para punir a população do município e da região. Segurança concedida em parte”

<sup>85</sup>Lei Complementar nº 101, de 2000, art. 25: “Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

<sup>86</sup>Lei Complementar nº 101, de 2000, art. 25, § 3º: “Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social”.

judicial quanto à existência, à quantificação ou ao vencimento do débito, não há a possibilidade de retenção.

D. A interpretação do art. 160, parágrafo único, da Carta em harmonia com as regras da legalidade e da anualidade orçamentária exige que, até 1º de julho, a União informe o Estado devedor dos valores que pretende reter a partir do início do exercício seguinte. Diante dessa informação, o Estado-membro estará em condições adequadas, de um lado, de contabilizar tais pagamentos em sua lei orçamentária para o ano subseqüente e, de outro, de considerar essa redução na expectativa de receita em seu planejamento orçamentário.

E. As despesas necessárias ao atendimento das obrigações essenciais impostas pela Constituição aos Estados-membros têm preferência sobre o pagamento de créditos devidos à União. São consideradas obrigações essenciais: (i) investimento mínimo em educação (Constituição Federal de 1988, art. 212); (ii) investimento mínimo em saúde (Constituição Federal de 1988, art. 198, § 2º, II); (iii) repasses obrigatórios aos demais Poderes (Constituição Federal de 1988, art. 168); (iv) transferências obrigatórias aos Municípios (Constituição Federal de 1988, arts. 158, III e IV, 159, II III); (v) despesas de pessoal nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Constituição Federal de 1988, arts. 7º, 37, XV, e 39, § 3º); e (vi) despesas de custeio e precatórios com natureza alimentar (Constituição Federal de 1988, art. 100, § 1º-A). Caso não haja recursos suficientes para atender a todas essas necessidades, a retenção para pagamento da União de que cuida o art. 160, parágrafo único, deve ser limitada de modo que haja recursos suficientes para que o Estado cumpra as obrigações previstas pelas normas constitucionais referidas.

É como me parece.

**Luís Roberto Barroso**  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

#### VISTO

**APROVO** o Parecer n. 01/2009-LRB, da lavra do Procurador do Estado Luís Roberto Barroso, que discorreu sobre a interpretação e aplicação do art. 160 parágrafo único da Constituição Federal, dispositivo que, segundo o Ilustre parecerista, ao autorizar a União a reter transferências obrigatórias de titularidade dos Estados-membros, veicula exceção ao princípio federativo e à autonomia dos entes federados que dele decorre, devendo ser interpretado de forma restritiva. Conclui ainda que:

(a) somente créditos originários da União ou de suas autarquias autorizam a retenção prevista, não se admitindo o bloqueio para pagamento de créditos de sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações federais, ainda que posteriormente cedidos à União. Pela mesma razão, apenas débitos do próprio Estado-membro – isto é, da Administração direta – podem autorizar o bloqueio.

(b) a União só está autorizada a se valer do mecanismo de que cuida o art. 160, parágrafo único, da Constituição, para autoexecutar créditos certos, líquidos e exigíveis, sob pena de violação ao devido processo legal. Havendo discussão administrativa ou judicial quanto à existência, à quantificação ou ao vencimento do débito, não há a

possibilidade de retenção.

(c) a interpretação do referido dispositivo, em harmonia com as regras da legalidade e da anualidade orçamentária, exige que, até 1º de julho, a União informe o Estado devedor dos valores que pretende reter a partir do início do exercício seguinte.

(d) as despesas necessárias ao atendimento das obrigações essenciais impostas pela Constituição aos Estados-membros têm preferência sobre o pagamento de créditos devidos à União. São consideradas obrigações essenciais, *dentre outras*: (i) investimento mínimo em educação (Constituição Federal de 1988, art. 212); (ii) investimento mínimo em saúde (Constituição Federal de 1988, art. 198, § 2º, II); (iii) repasses obrigatórios aos demais Poderes (Constituição Federal de 1988, art. 168); (iv) transferências obrigatórias aos Municípios (Constituição Federal de 1988, arts. 158, III e IV, 159, II e III); (v) despesas de pessoal nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Constituição Federal de 1988, arts. 7º, 37, XV, e 39, § 3º); e (vi) despesas de custeio e precatórios com natureza alimentar (Constituição Federal de 1988, art. 100, § 1º-A). Caso não haja recursos suficientes para atender a todas essas necessidades, a retenção para pagamento da União de que cuida o referido dispositivo, deve ser limitada de modo que haja recursos suficientes para que o Estado cumpra as obrigações previstas pelas normas constitucionais referidas.

Encaminhe-se, sucessivamente, à Casa Civil, à Secretaria de Estado de Fazenda e à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão para ciência.

Em 29 de junho de 2009

**Lucia Léa Guimarães Tavares**  
Procuradora-Geral do Estado