

## A desconfiança legítima no federalismo fiscal e a ADPF 523



Foi proposta perante o STF uma ação muito interessante e academicamente

instigante. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 523, de 11 de junho de 2018 (ver [aqui](#)), subscrita pelo governador de Minas Gerais, juntamente com o advogado-geral daquele estado, Onofre Alves Batista Júnior, e por diversos procuradores-gerais de outros estados, inclusive pelo presidente do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do DF (Conpeg). Os demais estados aderiram à ação. É possível dizer que se trata de uma verdadeira *insurreição* dos estados contra a União, em litigância interfederativa.

O leitor atento já deve ter percebido que, desde o título, estou usando o princípio da confiança legítima com o *signal trocado*, porque, na verdade, o que os estados apontam na referida ADPF é a existência de uma *legítima desconfiança* no comportamento da União nos últimos 24 anos, o que afasta qualquer debate partidário, tão em voga nos últimos tempos e que vem obnubilando as discussões judiciais no âmbito do STF.

O princípio fundamental violado é a cláusula pétrea da forma federativa de estado (artigo 60, parágrafo 4º, I, CF), sob a ótica do federalismo fiscal, em razão de reiteradas práticas da União. Só esse aspecto já seria suficiente para uma tese de doutorado, com base na ADPF 388 (relator Gilmar Mendes), pois centra as atenções em *práticas reiteradas*, e não em normas específicas. Na verdade, a ação proposta contesta um conjunto de normas que se consubstanciam em uma deliberada *política pública* de esvaziamento da arquitetura constitucional original do federalismo fiscal brasileiro. O foco é o não compartilhamento da receita de contribuições sociais desafetadas do orçamento da seguridade social.

Aponta-se, por um lado, o comprovado comportamento do governo federal de aumentar suas receitas próprias através da instituição e majoração das diversas contribuições tributárias, nome genérico pelo qual se designa as diferentes *espécies* de contribuições existentes no âmbito federal: sociais, de intervenção no domínio econômico etc. A doutrina jurídica e econômica nacional é praticamente uníssona ao afirmar que tal comportamento do governo central enfraqueceu a federação brasileira, pois

---

concentrou recursos em Brasília, em detrimento dos estados. Tal conduta infringe o princípio da confiança legítima que deve presidir as relações entre os entes públicos, bem como a destes com os particulares, fraudando a arquitetura constitucional originária. Eis a razão pela qual, *processualmente*, não se está a discutir uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação declaratória de constitucionalidade, mas uma ADPF, que diz respeito ao *descumprimento de um preceito fundamental*, o da forma federativa de estado, burlando a confiança legítima que deve existir entre os entes federados.

O princípio da confiança legítima é oriundo do Direito alemão, tendo sido objeto de julgamento pelo Tribunal Constitucional daquele país em alguns casos, notadamente no da criação de um segundo canal nacional de televisão[1]. O controle abstrato de constitucionalidade referia-se a uma lei da cidade de Hamburgo que entregava à empresa NDR (empresa de radiodifusão setentrional alemã) “o monopólio das produções de programações de radiodifusão e, ao mesmo tempo, o monopólio sobre a criação e administração de equipamentos de transmissão” em outras unidades da federação alemã. Analisando a decisão proferida em 28/2/1961 pelo Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 12, 205), verifica-se seu conteúdo:

“O princípio do Estado federal fundamenta segundo sua essência, não apenas direitos, mas também obrigações. Uma dessas obrigações estabelece que os Estados federados financeiramente mais fortes devem prestar ajuda, dentro de determinados limites, aos Estados federados mais fracos (BVerfGE 1, 111 [131]). O princípio constitucional pode, além disso, fundamentar, em casos nos quais a lei exige um entendimento entre a União e os Estados-membros, um maior dever de cooperação entre todos eles, fazendo com que uma [eventual] contestação unilateral estranha ao princípio e contrária a um entendimento multilateral [dos demais membros da federação] não seja considerada juridicamente. (BVerfGE 1, 299 [315 s.]) Esse limite jurídico baseado na ideia de fidelidade federativa torna-se ainda mais forte quando do exercício de competências legislativas: ‘Se os efeitos de uma regulamentação jurídica não estão limitados à área de um Estado-membro, o legislador estadual deve, então, levar em consideração os interesses da União e dos demais Estados- membros (BVerfGE 4, 115 [140])’”[2].

O que se tem presente é o dever de lealdade federativa e que os Estados financeiramente mais fortes devem, de alguma forma, socorrer os mais fracos. No caso em apreço, o que se relata é a desconsideração da União pelas finanças estaduais, deformando o federalismo fiscal presente na Constituição. Daí o motivo pelo qual me refiro à *desconfiança legítima* que os Estados relatam na ADPF 523 com referência à União, pois esta vem deformando o federalismo fiscal através do uso de instrumentos financeiros sem se dar conta das finalidades constitucionais perseguidas.

Para a compreensão desse mecanismo de burla constitucional, têm-se a Desvinculação de Receitas da União (DRU), e dos fundos que a precederam, o Fundo Social de Emergência e o Fundo de Estabilização Fiscal. Somando todos os períodos, desde o remoto ano de 1994 vem sendo praticada a desvinculação de recursos que tinham destinação constitucional específica, mas foram *desvinculados*, ou seja, passaram a poder ser usados sem a finalidade específica para a qual foram criados, mudando a natureza jurídica das contribuições, cuja função é dar sustentação à despesa que justificou sua criação. Assim, as *contribuições para a seguridade social* (PIS, Cofins etc.), cuja base impositiva se sustentava na referibilidade desses recursos às finalidades pretendidas, passaram a ser uma “receita livre”, utilizada para o custeio de gastos gerais orçamentários[3]. Em apertada síntese, pode-se afirmar que esses recursos, que antes compunham o *orçamento da seguridade social*, passaram a ser destinados ao *orçamento fiscal*

---

, que são distintos, conforme determina o artigo 165, parágrafo 5º, incisos I e III.

Neste ponto, a petição inicial dá uma guinada *advocatória* de mestre, passando a considerar a DRU constitucional, apenas para as finalidades pretendidas naquela ação, não para sua validação. Consta ser a perenização da DRU um mecanismo de flexibilização orçamentária para o custeio dos gastos gerais da União (*orçamento fiscal*), cumprindo um papel que deveria ser realizado através de *impostos*, seja pela majoração dos existentes, seja pela sistemática dos *impostos residuais* (artigo 154, I, CF). Com isso, 20% do que tiver sido desvinculado deverá ser compartilhado com os estados, obedecendo à norma do artigo 157, II, CF.

Dessa forma, o pedido formulado não contesta a existência da DRU, mas parte de sua constitucionalidade, aceitando-a para fins processuais, e busca tão somente que 20% do montante desvinculado (que hoje corresponde a 30% de ampla base de cálculo prevista no artigo 76, ADCT, modificado pela EC 93) lhes seja disponibilizado. Em um cálculo matemático reto o pedido é para que 6% da DRU federal seja com os estados<sup>[4]</sup>.

A tese é instigante e parte de uma análise substancial do Direito Financeiro, e não meramente formal. O *drible fiscal* que a União vem realizando para desviar recursos dos estados (e dos municípios) é concreto e deve ser coibido não por uma análise moral, mas por uma razão de fundo jurídico-constitucional, que é o concreto, real e palpável desvio de recursos dos entes subnacionais que vem sendo realizado há anos. A distinção da fonte de recursos do orçamento fiscal e do orçamento da seguridade social possui previsão constitucional e deve ser respeitada.

O ideal seria a aprovação de uma reforma tributária digna desse nome, mas quem há de conseguir tal intento?

Pessoalmente mantenho minha posição de que a DRU é inconstitucional, mas se trata de uma análise acadêmica, que a jurisprudência ainda não logrou enfrentar. A decisão no RE 537.610 (relator César Peluso), dentre outras, observou apenas os aspectos tributários da questão, não os financeiros, que ainda pendem de análise. Deve-se reconhecer que, abstraindo a questão da inconstitucionalidade, os recursos manejados pela União em razão da desvinculação não vêm sendo utilizados para os fins legalmente estabelecidos, tendo *mudado de orçamento*, pois o que foi criado para amparar o orçamento da *seguridade social* está sendo destinado ao orçamento *fiscal*, o que é vedado. Alterada a fonte de recursos, os estados devem receber a parte que lhes cabe nesse latifúndio fiscal. Juridicamente, a tese se sustenta.

Academicamente poderia opinar se tais recursos estariam melhor nas mãos da União, dos estados, dos municípios ou dos particulares, porém jamais poderia decidir sobre essa matéria, pois não sou parlamentar, e nem aspiro a sê-lo. Todavia, o caso em apreço não se presta a uma análise parlamentar, mas jurídica, que está a cargo do STF, sob a relatoria da ministra Rosa Weber, que ainda não decidiu sobre a liminar pleiteada de depósito judicial dos 20% desafetados. Aguardemos.

Muitas teses jurídicas ainda surgirão nesse debate e em razão do mesmo, porém uma coisa é certa: é preciso recuperar a confiança legítima neste país.

[1] A tese da confiança legítima foi mencionada pelo ministro Gilmar Mendes no caso Raposa Serra do Sol (Petição 3.388-RR, julgada em 19/3/2009).

[2] Leonardo Martins (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 821 e ss.

[3] Sobre esse assunto, ver <https://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-gastos-obrigatorios> e <https://www.conjur.com.br/2017-out-16/justica-tributaria-vinculacao-impostos-gastos-sociais-clausula-petrea>.

[4] Ressalta-se que nem uma palavra é mencionada sobre os artigos 76-A e 76-B, o que pode gerar várias implicações, porém em outras eventuais ações a serem propostas.

**Date Created**

10/07/2018