

MANDADO DE SEGURANÇA 34.023 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S) : SECRETÁRIO DO TESOURE NACIONAL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
IMPDO.(A/S) : COORDENADOR-GERAL DE HAVERES FINANCEIROS DA SECRETARIA DO TESOURE NACIONAL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E FINANCEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEIS COMPLEMENTARES 148/2014 E 151/2015. DESCONTOS OBRIGATÓRIOS SOBRE OS SALDOS DEVEDORES DOS CONTRATOS DE REFINANCIAMENTO DE DÍVIDAS CELEBRADAS ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS. DECRETO 8.616/2015. CONTROVÉRSIA SOBRE A FÓRMULA DE CÁLCULO. VARIAÇÃO ACUMULADA DA TAXA SELIC. FATOR ACUMULADO DA VARIAÇÃO DA TAXA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 151/2015. OFENSA À INICIATIVA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 167, I E II, DA CRFB. IMPACTO FINANCEIRO DESIGUAL SOBRE TODA A FEDERAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A decisão de mérito do mandado de segurança examina a existência, a validade, a liquidez e a certeza do direito invocado diante do ato impugnado.

2. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe, como guardião maior da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar nos casos em julgamento, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independentemente de pedido expresso das partes.

Precedentes.

3. Sendo de iniciativa parlamentar, a redação dada ao art. 1º da Lei Complementar 151/15, que alterou a Lei Complementar 148/14, ofende o art. 165, III, da Constituição Federal, pois são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo leis que, ao concederem desconto de dívida, interferem na lei orçamentária. Precedentes.

4. A Lei Complementar 151, ao afetar diretamente o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, instituído pela Lei 9.496/97, deve se submeter às limitações ordinariamente atribuídas ao administrador público, sob pena de ofensa ao art. 167, incisos I e II, da Constituição Federal.

5. A observância do disposto no art. 167 da Constituição Federal, materializa, entre outros, o princípio que, doutrinariamente, foi definido como o do equilíbrio orçamentário. A Lei Complementar 151, na medida em que deixou de autorizar e passou a obrigar a União, consubstanciou intervenção concreta e direta na execução de programas de governo, mas, ao contrário do que se exige do administrador, deixou de observar as regras constitucionalmente estabelecidas para o início de programas e para a realização de despesas e assunção de obrigações financeiras.

6. Ante a ausência, quando da deliberação pela alteração de programa de governo, de estimativa do impacto financeiro relativamente à renúncia de receita já para o presente exercício financeiro, há ofensa ao art. 167, I e II, da Constituição Federal, o que tornam nulas as alterações promovidas pela Lei Complementar 151 sobre a 148.

7. O princípio da solidariedade, expresso nos arts. 3º, III, e 165, § 7º, da Constituição Federal, exige que a criação de critério de distinção entre contribuintes observe, relativamente à redução de desigualdades regionais, a distribuição de recursos pelo critério populacional. A criação de desigualdades entre os contribuintes deve ser constitucionalmente justificada.

8. Segurança denegada.

MANDADO DE SEGURANÇA 34.023 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
IMPTE.(S) : ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
IMPDO.(A/S) : SECRETÁRIO DO TESOIRO NACIONAL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
IMPDO.(A/S) : COORDENADOR-GERAL DE HAVERES FINANCEIROS DA SECRETARIA DO TESOIRO NACIONAL
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Os Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Minas Gerais impetram mandados de segurança autuados, respectivamente, sob nº 34.023, 34.110 e 34.122, aos quais se dará julgamento conjunto.

O Estado de Santa Catarina impetra mandado de segurança em face de ato praticado praticado pela Presidente da República, pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Secretário do Tesouro Nacional e pelo Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da Secretaria do Tesouro Nacional, consubstanciado no Decreto 8.616/15, que regulamenta o disposto na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.

O impetrante afirma que, com a promulgação da Lei Complementar 148/14, a União ficou obrigada a realizar um desconto sobre os saldos devedores dos contratos de refinanciamento de dívidas contraídas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base na Lei 9.496/97, na Medida Provisória 2.185-35/01 e nos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória 2.192-70/01. As novas condições deveriam constar de

aditivo contratual, o que, nos termos do art. 4º da Lei Complementar, com a redação dada pela Lei Complementar 151/15, deveria ser celebrado, independentemente de regulamentação, até 31 de janeiro de 2016. A regulamentação, segundo narra o impetrante, deveria ter sido feita desde a promulgação da Lei Complementar 148, mas apenas em 29.12.2015, por meio do Decreto 8.616/15, a União disciplinou a fórmula de cálculo do desconto. Com fulcro na metodologia estabelecida no Decreto, o impetrante recebeu, em 14.01.2016, os cálculos preliminares, elaborados pelo agente financeiro da União, com o desconto que deveria ser dado por ocasião da nova repactuação.

Por não concordar com os critérios utilizados pelo agente financeiro, porquanto divergentes do benefício legalmente estipulado, o impetrante solicitou informações à Secretaria do Tesouro Nacional acerca de possível anatocismo na atualização do saldo devedor. O Estado impetrante não recebeu resposta. Alega, assim, que o dia 31.01.2016 passou e a União **não firmou** o termo aditivo com o Estado de Santa Catarina. Isso quer dizer que o Impetrante não usufruirá qualquer benefício legal no próximo vencimento de sua dívida, **que ocorrerá em 29.02.2016** (eDOC 1, p. 8, grifos do impetrante).

O impetrante alega que a regulamentação do disposto no art. 3º da Lei Complementar 148 desbordou dos limites legais. Aduz que, ao exigir o desconto sobre saldos devedores dos contratos em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1º de janeiro de 2013 e o apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos, a Lei não autorizou que a taxa fosse calculada de forma capitalizada. Por essa razão, o Decreto 8.616/15, ao explicitar a fórmula de cálculo, não poderia utilizar Selic capitalizada para apurar o desconto devido.

A corroborar essa interpretação, o Estado sustenta que a mesma expressão variação acumulada da Selic, quando empregada em outros diplomas normativos, não é aplicada de forma capitalizada. Além disso, expende que a prática de anatocismo é, como regra, proibida, a desautorizar a conclusão de que a Lei Complementar pudesse

excepcioná-la sem referência textual expressa. Adverte, ainda, que haveria enriquecimento ilícito por parte da União e, bem assim, ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista que a capitalização não é praticada pela União em relação a seus demais devedores. Rememorando os métodos de interpretação, defende, por fim, que a vedação da capitalização pode ser inferida pela teleologia da norma que previa condições mais benéficas aos Estados e não mais rígidas, como ocorreu ao aplicar o critério do Decreto.

Com base nesses argumentos e na iminência do vencimento próximo, 29.02.2016, de parcela de sua dívida, requer, liminarmente, a concessão de medida, para que as autoridades impetradas se abstenham de impor as sanções contratualmente previstas e, ainda, para que, quando da elaboração de proposta de aditivo contratual, adotem o método da variação acumulada da taxa Selic, sem a capitalização de juros. No mérito, pugna para que seja reconhecido o direito líquido e certo do impetrante de utilizar a prerrogativa a que se refere o parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar 148, enquanto não promovido o aditivo e também quando o for, afastando, em ambos os casos, o anatocismo.

Em virtude da relevância da matéria, previamente à análise do pedido de liminar, determinei a oitiva da Presidente da República, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Nas informações, a Presidente alega, inicialmente, ilegitimidade de parte, porquanto o ato foi praticado pelo gerente do Banco do Brasil em Florianópolis. No mérito, aduz que o art. 3º da Lei Complementar deve ser lido à luz do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei, de forma que a sistemática de cálculo usada pela União para remunerar os títulos federais deve também ser aplicada na indexação dos contratos de refinanciamento da dívida. Isso porque, nos termos de sua manifestação, os ideais de isonomia e solidariedade também devem abranger a União, dado que qualquer desequilíbrio entre seus ativos e passivos repercutirá sobre toda a Nação (eDOC 26, p. 8-9). Sustenta, em suma, ser a própria Lei Complementar que, em seus arts. 2º e 3º, autoriza a aplicação da taxa composta. Relativamente à situação jurídica do impetrante, afirma que

(eDOC 26, p. 10):

“De acordo com os cálculos realizados pelo agente financeiro, em consonância com o estabelecido pela Lei Complementar n. 148 e pelo Decreto n. 8.616, o Estado de Santa Catarina não faria jus a desconto retroativo (art. 3º), porque recebeu, entre março de 1998 e dezembro de 2012, subsídios líquidos da União, sob a forma direta e indireta (diferencial de taxas). Seu saldo devedor, pelas condições originais era, em 1º.01.2013, de R\$ 8,57 bilhões, e, com aplicação da metodologia do desconto, R\$ 9,52 bilhões. A dívida reprocessada a partir de 1º.01.2013, por sua vez, corresponde a 8,74 bilhões, posição em fevereiro de 2016. Nesse caso, prevalece, para efeito do reprocessamento a partir de 1º de janeiro de 2013, o menor saldo.

Projetando-se a dívida, contudo, de acordo com o pleiteado, isto é, aplicando-se a taxa Selic com capitalização simples, apura-se um desconto da ordem de R\$ 5,30 bilhões, o que reduziria sua dívida em 1º.01.2013 de R\$ 8,57 bilhões para R\$ 3,27 bilhões, ou seja, uma redução de cerca de 62%. Em fevereiro de 2016, o novo saldo devedor assim calculado passaria de R\$ 8,74 bilhões para 3,33 bilhões.

(...)

Importa acentuar, além disso, que a Secretaria do Tesouro Nacional considera extremamente perigosa para as finanças do País a possibilidade de êxito dessa tese contrária ao texto da Lei Complementar, que levará a União a sofrer, no caso de extensão para todos os entes titulares de operações de refinanciamento, uma redução de seus ativos da ordem de R\$ 300 bilhões, cifra que poderá corresponder a mais de 5% do PIB.”

Defende que, em virtude desses problemas, a solução para a *quaestio iuris* demandaria dilação probatória incompatível com o rito mandamental.

Em decisão monocrática, neguei seguimento ao *writ* por entender que, dependendo a causa da interpretação a ser dada ao sentido e alcance

de lei complementar, não teria a Presidente competência para, por si só, alterar ou corrigir o ato. Além disso, consignei que o sentido atribuído ao art. 3º da Lei Complementar não se dessumiria de modo inequívoco como aduzem tanto a impetração quanto a Presidente. Ao revés, por haver dúvidas relativamente a sua constitucionalidade, outra instrução far-se-ia necessária para solucionar o conflito. Por fim, adverti que o impacto que a decisão final poderia causar na própria federação, estaria a recomendar, por outro motivo, diversa via processual.

Contra essa decisão, o impetrante interpõe agravo regimental. Alega, inicialmente, ser legítima a inclusão da Presidente como autoridade coatora, pois a interpretação impugnada pelo Estado do dispositivo legal materializou-se no Decreto 8.616. A Presidente deteria, portanto, competência para reformá-lo.

No que tange à complexidade da causa, aduz que eventual complexidade jurídica da matéria debatida em sede de mandado de segurança que vise a assegurar a pretensão do Estado não pode consistir em fundamento válido para afastar a ação mandamental no plano do cabimento e adequação da via eleita. Isso porque, em seu entender, os fatos são incontroversos, bastando que se discuta a legalidade do ato.

Finalmente, os argumentos utilizados para demonstrar os efeitos de eventual interpretação favorável ao impetrante sobre o restante da federação estariam prejudicados, tendo em vista que, a partir da vigência da lei complementar incidiriam nos novos contratos juros e atualização monetária. Assim, pugna pela reconsideração da decisão ou, alternativamente, por sua submissão ao Plenário.

Em sede de informações, o Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da União afirmou que o espírito da Lei Complementar 148/2014 foi o de permitir que os entes subnacionais passassem a pagar nos contratos de refinanciamento o custo de captação da União, expresso pela taxa SELIC. O desconto, por sua vez, buscou eliminar aquilo que a União eventualmente recebeu, desde o início dos refinanciamentos, para além de seus custos de refinanciamento. No que tange à metodologia de cálculo da taxa, aduz que (eDOC 33, p. 5-6):

“A dívida pública, por sua vez, submete-se ao regime de capitalização composta, pelo que emprega a chamada taxa SELIC composta, alinhando-se com todo o mercado financeiro, que aplica a capitalização composta tanto em seus ativos (empréstimos habitacionais, por exemplo) quanto em seus passivos correspondentes (caderneta de poupança). Seria difícil imaginar a União fornecendo *funding* para o sistema financeiros a taxas simples, e este captando investimentos de pessoas físicas e jurídicas pagando com capitalização composta; o descasamento entre ativos e passivos seria insustentável”.

Alega, ainda, que o Estado de Santa Catarina recebeu juros subsidiados pela União ao longo do refinanciamento.

O Ministro de Estado da Fazenda, por sua vez, alegou ser incabível o mandado de segurança.

Na Sessão Plenária de 7.04.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, deu provimento ao recurso de agravo, para admitir a impetração do mandado de segurança, e, na mesma assentada, deferiu o pedido de liminar, “para ordenar às autoridades impetradas que se abstenham de impor quaisquer sanções ao Estado impetrante, especialmente as que estão previstas na Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI e o bloqueio de recursos de transferências federais, pelo exercício da faculdade constante do parágrafo único do artigo 4º da LC 148/14, norma que lhe garante o cálculo e o pagamento da dívida pública com base nos novos parâmetros legais em face da não promoção do aditivo contratual”, conforme alínea “a” do pedido inicial.

Em complemento às informações, o Ministro de Estado da Fazenda apresentou nota técnica, na qual sustenta ser possível a incidência acumulada da taxa Selic. Narra que a União, em 1997, assumiu a dívida dos Estados, em especial as de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, no montante de R\$ 14,4 bilhões. Afirma que as dívidas têm origem no mercado financeiro e, para fazer frente ao compromisso assumido, captou recursos junto aos mercados sobre os

quais paga juros compostos. Sustenta que o custo médio de captação pelo Tesouro foi maior do que aqueles que a União cobrou dos Estados, “em outras palavras, os estados menos endividados, fundamentalmente os mais pobres, financiaram os mais endividados, ao patrocinar, via tributos, o subsídio implícito na renegociação da dívida em condições mais favoráveis”. Aduz, ainda, que (eDOC 69, p. 5):

“Ao longo de toda a vida dos contratos de refinanciamento, iniciada em 1997, a maioria dos entes da federação foi zelosa com suas contas públicas e honrou os compromissos assumidos com a União. Há inclusive estados, como o Piauí, que já quitaram suas obrigações junto à União. Novas renegociações, se não implementadas de modo equilibrado, podem caracterizar transferência de renda dos estados e municípios mais pobres para os mais ricos”.

No que tange ao regime de cálculo dos juros, alega que o conceito de taxa de juros acumulada é entendido como regime de juros compostos. A corroborar essa afirmação, afirma que o regime de juros compostos é o aplicada pela Receita Federal e pelo cálculo de débitos trabalhistas. Afirma, ainda, que “a possível utilização de juros simples para a correção de dívidas de estados e municípios junto à União deve ensejar demandas judiciais de devedores de impostos a estes entes subnacionais para que o mesmo regime se aplique a seus débitos financiados, não podendo ser desconsiderado o mesmo efeito para tributos e títulos federais”.

A Presidência da República, por sua vez, complementou as informações apresentando Nota Técnica feita pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. No documento, a Procuradoria sustenta que a teleologia da norma visava equiparar os custos de captação dos Estados aos que incorre a União, razão pela qual a ambos deve-se a aplicar a mesma metodologia de cálculo. Alega, ainda, que não há direito dos entes Estaduais a realizar o pagamento na forma como entendem ser devido, sem sofrer as sanções contratuais.

O Coordenador-Geral de Haveres Financeiros, em sua

complementação, também reconheceu que a alteração promovida pela Lei Complementar 148 destinava-se a equiparar os custos de captação entre os entes públicos. Assim, aos Estados deveria ser empregada a taxa Selic (eDOC 82, pp. 2-3):

“E qual é a taxa SELIC para títulos federais? Não há dúvida entre os agentes econômicos que esta taxa tem capitalização composta. Se inclusive buscarmos no site do Banco Central informações sobre ela ou se pedirmos auxílio para o seu cálculo no referido site, nos depararemos com a regra de capitalização composta. O Banco Central sequer permite cálculo de forma distinta, por entender não haver qualquer razoabilidade em entendimento diverso, como o apresentado pelo Estado de Santa Catarina”.

Tal solução também deveria, em seu entender, ser dada a interpretação da taxa utilizada para o cálculo do desconto, conforme disposto no art. 3º da Lei Complementar. Afirma, então, que o Decreto impugnado nada mais fez do que disciplinar a aplicação da Lei.

Registro, ainda, que, no dia 19.04.2016, foi realizada audiência com os Estados impetrantes e os representantes da União que figuram no polo passiva da impetração, a fim de promover uma Mesa de Diálogo para auscultar as partes litigantes nos presentes Mandados de Segurança.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação do mandado de segurança. O parecer foi assim ementado (eDOC 86):

“Mandado de segurança. LC 148/2014 e dec. 8.616/2015. Incidência da taxa Selic simples ou composta no desconto, previsto no art. 3º da LC 148/2014, das dívidas estaduais contraídas com a União nos termos da Lei 9.496/1997.

Validade formal do Dec. 8.616, por traduzir meio pelo qual o Presidente da República, no exercício da competência do art. 84, ii, da CR exerce a direção superior da administração federal: o decreto é o meio pelo qual o chefe do Executivo estabelece de modo uniforme para todos os agentes públicos subordinados a

interpretação que conferiu ao tema de relevância federativa tratado na LC 148, mas não traduz a realização de juízos discricionários deixados pelo legislador à apreciação do Executivo.

Em si mesma, a expressão “variação acumulada da taxa Selic”, do art. 3º da LC 148, não implica o uso do método simples ou composto de cálculo da referida taxa, pois em ambas as modalidades um dos fatores da multiplicação imprescindível à determinação do montante devido e do desconto fica em aberto: a base de cálculo da prestação mensal.

A solução do problema advém da conjugação de premissa relativa à natureza dual da taxa Selic com o sistema da LC 148.

Consequência direta da jurisprudência do STF, que valida a Selic legalmente prevista desempenhar as funções de indexador de correção monetária e de juros, em sentido estrito: é lógica do instituto da correção monetária de ativos pertinentes ao sistema financeiro incorporada à Selic a adoção do sistema composto de cálculo, sob pena de permitir a corrosão inflacionária de parte do valor de compra da moeda.

O desconto de dívida do art. 3º da LC 148 pressupõe a equalização das despesas da União e dos estados com a assunção de dívidas da Lei 9.496, de modo que se equilibrem os gastos da União com a captação de recursos no mercado financeiro pagando a taxa Selic composta e os ganhos que auferiu dos estados, medidos segundo juros mínimos de 6% ao ano, acrescidos de IGP-DI: os picos e vales do índice primitivo de remuneração do contrato compensam-se com seus similares do novo índice retroativo do pacto, a ponto de que nenhuma das partes públicas experimente prejuízo.

Sob pena de se quebrar o sistema de equalização dos custos e receitas da União do art. 3º da LC 148, o cômputo da taxa Selic deve ser

composto, pois do contrário a União será privada de parte da correção monetária integral que teve que custear na captação de moeda no mercado privado: como apenas o método composto de cálculo da correção monetária recompõe a íntegra

do poder de compra da moeda, a União teria decairia de parte do que pagou a tal título com o cálculo pelo método simples, com o que se desrespeitaria a diretiva do art. 3º da LC 148, no sentido da ausência de prejuízo para qualquer das partes dos contratos da Lei 9.496.

Impossibilidade de invocação de vedações de anatocismo de leis ordinárias gerais e de súmulas para impedir a incidência da Selic composta de lei complementar especial – a LC 148.

Irrelevância jurídica de que a Selic composta tenha servido, antes da LC 148, para sancionar a mora das dívidas da Lei 9.496: além de o aspecto primordial do art. 3º da LC 148 não tem que ver com o título jurídico dos pagamentos realizados, mas com os custos financeiros, para estados e União, no adimplemento das dívidas aludidas, discute-se aqui bônus deferido pela lei federal, na medida da capacidade financeira e da atenção aos próprios encargos da União, que pode não ser aceito pela contraparte.

Inviabilidade do argumento sistemático desenvolvido pelo impetrante: analogia com domínios normativos alheios ao sistema financeiro nacional, do qual advieram os recursos discutidos e no qual se cobram remunerações de capital compostas; resultado da interpretação do sistema da LC 148 adverso ao do autor; e impropriedade de se fazer determinado caso se reger por regra alheia a seu domínio, em detrimento da que o disciplina.

Impossibilidade de o estado invocar a isonomia com outros devedores da União: diversidade das situações comparadas, pois os demais devedores não têm os bônus deferidos aos estados; a igualdade é direito fundamental e, em princípio, não aproveita às entidades públicas; e, se igualdade pudesse ser invocada, levaria à comparação entre os habitantes dos estados, com o resultado da interdição da drenagem de recursos de populações de estados mais pobres em favor dos habitantes dos mais ricos, por meio oblíquo da distribuição de ônus financeiros federais.

Ilícitude de se pretender compensar eventual onerosidade

excessiva pretérita e superada dos contratos da Lei 9.496 por intermédio da emprego da interpretação do tópico da Selic na LC 184 como ponto de apoio para se ajustar o sistema, porque outros fatores interviriam na equação final, a ser sempre fixada pelo Legislativo, após a suposta declaração de invalidade dos sistemas de ambas as leis.

Parecer pela denegação do mandado de segurança.”

O Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, impetra mandado de segurança, autuado sob nº 34.110, em face de ato praticado pela Presidente da República, pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Secretário do Tesouro Nacional e pelo Gerente-Geral da Agência do Setor Público de Porto Alegre do Banco do Brasil no Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciado no Decreto 8.616/15, que regulamenta o disposto na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.

Aduz, em síntese, razões jurídicas semelhantes as que apresentou o Estado de Santa Catarina. Relativamente ao Decreto 8.616, sustenta que (eDOC 1, p. 34):

“O Decreto, portanto, extrapolou o conteúdo da lei em quatro pontos: *a.* ao estipular a aplicação da SELIC capitalizada, *b.* ao restringir esse direito apenas à hipótese em o Estado tenha cumprido todos os requisitos para o aditamento e, em outros dispositivos, incluir novos itens que não estavam previstos na lei, como desistência das ações judiciais (já revogada, mas apenas depois do prazo de 31 de janeiro), *c.* ao limitar esse direito apenas ao caso em que o atraso seja imputável **exclusivamente** à União, deixando, na prática, ao seu subjetivo critério quando se trata de sua exclusiva culpa e *d.* ao estabelecer que, nesse caso aditivo não firmado em virtude de culpa exclusiva da União, o Estado poderá pagar os **valores preliminarmente apurados e informados pelo agente financeiro** (o que pode não corresponder ao efetivamente devido, conforme os corretos critérios de elaboração da conta).”

As informações trazidas pelas autoridades coatoras guardam o mesmo teor das que foram até aqui sumariadas.

Da mesma forma, o Estado de Minas Gerais impetra mandado de segurança, autuado sob nº 34.122, em face de ato praticado praticado pela Presidente da República, pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Secretário do Tesouro Nacional, pelo Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da Secretaria do Tesouro Nacional e pelo Gerente Geral da Agência Setor Público Belo Horizonte do Banco do Brasil consubstanciado no Decreto 8.616/15, que regulamenta o disposto na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.

Os argumentos apresentados trazem idêntica causa de pedir. Alega-se, ainda (eDOC 1, p. 3, **grifos** no original):

“Destaque-se que, diferentemente da esfera federal, detentora de soberania na emissão de moedas e no estabelecimento de políticas cambiárias, os Estados só podem contar com suas receitas derivadas e originárias, bem menos expressivas, e que são, ao fim e ao cabo, diretamente impactadas pelos regimes e práticas adotadas pela União, como a fixação de taxas de juros e até mesmo suas relações econômicas internacionais. Ademais, deve-se considerar a fragilidade de nosso pacto federativo, segundo o qual a União Federal ocupa posição no cume da pirâmide arrecadatória, concentrando a maior parcela das receitas públicas, o que deixa aos Estados-Membros o papel de meros coadjuvantes, em constante dependência financeira, intensificada com o aumento, nas últimas décadas, de renúncias federais a tributos compartilhados e expansão e desvinculação das contribuições sociais (tributos não compartilhados).¹ Daí que o atual cenário de hecatombe econômico-financeira, com repercussões na esfera fiscal-arrecadatória, acaba por atingir, com maior intensidade, as já debilitadas disponibilidades de caixa das subunidades políticas da federação, comprometendo

agudamente seus planejamentos e execução orçamentária.

(...)

No caso concreto, o comportamento dos Impetrados, sustentado por interpretação despropositada do art. 3º da LC nº 148/2014, fere o princípio da isonomia de forma claríssima. É muito fácil perceber o tratamento desigual estabelecido para situações uniformes. Realmente, de um lado, encontram-se os contribuintes da União, cuja atualização da dívida pauta-se pela soma simples do índice SELIC. De outro, figura o Estado de Minas Gerais (ente público), para o qual impõe-se a capitalização da mesma referência. A situação é absurda até não mais poder!"

As informações prestadas pelos órgãos da União têm o mesmo teor das que constam na impetração de Santa Catarina, razão pela qual comportam julgamento conjunto.

É, em síntese, o relatório.

MANDADO DE SEGURANÇA 34.023 DISTRITO FEDERAL

VOTO

1. Mandado de segurança e cabimento na hipótese.

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Registre-se, inicialmente, que, por ocasião do julgamento em Plenário do agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que acolhia a tese de não cabimento do mandado de segurança, o Tribunal, por maioria de votos, vencido inclusive este Relator, assentou ser possível o conhecimento da presente controvérsia em sede mandamental. Conforme consta da ata de julgamento:

“O Tribunal, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para que o mandado de segurança tenha sequência, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Roberto Barroso. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Apreciando questão de ordem suscitada pelo Ministro Edson Fachin (Relator), o Tribunal reafirmou o entendimento de que o relator é substituído somente quando vencido em julgamento de mérito, mantida a relatoria de Sua Excelência no Mandado de Segurança. O Tribunal, por unanimidade, deliberou que o mandado de segurança tenha trâmite independentemente da publicação do acórdão deste agravo regimental. O Tribunal, por unanimidade, acolhendo proposta do Relator, concedeu a medida liminar para ordenar às autoridades impetradas que se abstenham de impor quaisquer sanções ao impetrante, especialmente aquelas previstas na Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI e o bloqueio de recursos de transferências federais, pelo exercício da faculdade constante do parágrafo único do artigo 4º da LC nº 148/14, norma que lhe garante o cálculo e o pagamento da dívida pública com base nos novos parâmetros legais em face da não promoção do aditivo contratual.”

Por essa razão, devem os presentes *writs* serem conhecidos.

Nessa toada, realizei em 19.04.2016, Mesa de Diálogo com o objetivo

de auscultar as partes litigantes nos presentes Mandados de Segurança. Conforme venho assinalando, compreendo que ao Poder Judiciário não cabe se substituir ao legislador ou ao gestor. Mas, contra uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma antiquada compreensão sobre a separação dos Poderes, é possível, sim, conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na preservação e aprimoramento da compreensão que se tem da nossa Federação. Dessa forma, a referida Mesa de Diálogo foi o intento da realização de uma prática jurisdicional, que reconhecesse e buscasse um balanço entre o respeito pelos procedimentos democráticos e o respeito por direitos substantivos, pois entendo que é possível, assim, uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista. A realização da Mesa de Diálogo foi, dessa maneira, iniciativa que brotou dessa compreensão de guarda da Constituição, da preservação e aprimoramento da nossa Federação.

No mérito, tendo em vista a situação vivenciada pelos Estados da federação, conforme inclusive relatado na mesa de diálogo promovida em 19.04.2016, cumpre consignar, inicialmente, as premissas em que assento a inflexão sobre o mérito deste voto.

2. A atividade financeira do Estado e as premissas para o exame do caso.

Os temas da dívida pública e dos juros contratuais exigem verticalização hermenêutica para o deslinde da presente controvérsia, tendo em conta seu relevo constitucional.

Almeja-se justificar o presente voto com base em três premissas compreensivas acerca da atividade financeira do Estado e respectiva juridicidade.

A primeira premissa é a verificação de uma assimetria constitucional e estruturante entre as receitas e os gastos públicos, por sua vez com significativos reflexos na formação da jurisprudência e da doutrina.

No campo jurisprudencial, o próprio fato de ser controversa a possibilidade de controle jurisdicional de normas orçamentárias já é um

forte indicativo da falta de protagonismo das questões orçamentário-financeiras nos tribunais, ao passo que as limitações constitucionais ao poder de tributar são objeto de profunda e vasta análise em julgados por esta Corte.

Na seara doutrinária, parece haver uma cisão no âmbito do direito financeiro em dois setores, o tributário e o não tributário, com fulcro em uma distinção conceitual básica presente no “senso comum teórico dos juristas” entre o tributo e as demais categorias financeiras.

Recorre-se, a propósito, ao pensamento doutrinário do jurista argentino Horacio Guillermo Corti (CORTI, Horacio Guillermo. *Derecho Constitucional Presupuestario*. 2 ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, pp. XXVI-XXVII, tradução livre):

“Vê-se na lógica da situação na qual se escuta ao menos uma reverberação do aspecto negativo da Razão de Estado: aquilo que está fora do controle se faz de acordo com a discricção do Poder. Dito cruamente isso significa que o Erário do Estado pode ser disposto de acordo com o parecer dos governantes. Logo, se uma decisão financeira, como o orçamento, não pode ser objeto de controle de constitucionalidade, também se diminuem os incentivos práticos para examinar seu regime constitucional. Exclusão de controle, exclusão de juridicidade, exclusão do âmbito de conhecimento.”

A segunda premissa reside nos mesmos incômodos teóricos do Professor Roberto Gargarella, segundo o qual o constitucionalismo latino-americano padece de um descuido teórico sistêmico consistente em priorizar reformas constitucionais que tragam em seu bojo a positivação de direitos, os quais dependem, por sua vez, de volumosos recursos públicos para se concretizarem na realidade social, e isso se faz em detrimento de modificações estruturais na própria organização estatal (GARGARELLA, Roberto. *La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz,

2014, p. 7).

Essa constatação parece especialmente relevante ao caso, porquanto promover direitos significa dispor de recursos, como se depreende das lições de Cass Sunstein e Stephen Holmes (SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *El Costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Trad. Stella Mastrangelo. Bueno Aires: Siglo Veintiuno, 2012). Assim, é tarefa imperativa e inadiável da esfera pública, a efetividade das normas constitucionais, notadamente as responsabilidades do aparato estatal a que a sociedade se compromete a financiar.

O terceiro ponto de partida é o ideal de promoção da cidadania em sua dimensão fiscal na República Federativa do Brasil, sob as luzes da necessária conexão entre direitos fundamentais, cidadania e finanças públicas, traduzível no “direito a ter direitos”, célebre expressão de Hannah Arendt.

Para uma definição do conceito de cidadania fiscal, colhe-se do pensamento doutrinário de Marcus Abraham o seguinte (ABRAHAM, Marcus. Orçamento Público como Instrumento de Cidadania Fiscal. In: *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 17, n. 17, pp. 188-209, jan./jun. 2015, pp. 193-194):

“Por sua vez, a cidadania participativa nas finanças públicas, especificamente denominada como cidadania fiscal, expressa-se através das previsões legais que permitem o conhecimento e envolvimento do cidadão nas deliberações orçamentárias e no acompanhamento da sua execução. A promoção do acesso e da participação da sociedade em todos os fatores relacionados com a arrecadação financeira e a realização das despesas públicas se identifica nas seguintes propostas: a) programas de educação fiscal para a população; b) incentivo à participação popular na discussão e na elaboração das peças orçamentárias, inclusive com a realização de audiências públicas; c) ampla divulgação por diversos mecanismos, até por meios eletrônicos, dos relatórios, pareceres e demais documentos da gestão fiscal; d) disponibilização e publicidade das contas dos administradores durante todo o exercício

financeiro; e) emissão de relatórios periódicos de gestão fiscal e de execução orçamentária; f) legitimação para o cidadão denunciar aos órgãos competentes irregularidades nas contas públicas.”

Nesse quadro, importa destacar que o fenômeno financeiro em litígio tem repercussões jurídicas, políticas e econômicas, sob os ângulos constitucionais e democráticos, pois se colocam em questão as condições de possibilidade de planejamento e controle da atividade financeira do Estado brasileiro, como constitucionalizada pela soberania popular em pacto constituinte.

Por conseguinte, impende desenvolver as categorias jurídicas do planejamento e do controle como pressupostos basilares do Estado fiscal. Em relação à primeira, parte-se do raciocínio jurídico de Rodrigo Kanayama que se segue (KANAYAMA, Rodrigo Luís. *Direito, Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas*. 226 f. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012, pp. 24-25):

“O Planejamento é imprescindível para a alocação eficiente de recursos e previsibilidade dos eventos futuros. Entende-se por planejamento um processo de eleição de ações, prioridades, metas, com o intuito de evitar desperdícios de recursos, determinar o caminho a ser trilhado e dos instrumentos a serem utilizados, além de coordenar as ações do agente público e buscar a previsibilidade dos seus efeitos. A atividade – o processo de planejar – requer, hoje, que seja amplo e aberto para a discussão coletiva.

Por outro lado, na esteira de Lucas Rocha Furtado, a função de controle deve ser vista como fundamento do Estado Democrático de Direito, uma vez que *“A necessidade de que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado esteja sujeita a diferentes níveis ou mecanismos de controle se faz presente desde que se concebeu o Estado de Direito”* (FURTADO, Lucas Rocha. *A função de Controle como fundamento do Estado*

Democrático de Direito. In: *Revista Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, a. 7, n. 6, pp. 424-441, nov. 2012, p. 424). Logo, o componente democrático se revela no âmbito da legitimidade política da Administração Pública no cumprimento dos fins constitucionais da República, porquanto o postulado do controle é limite ao gasto público como decisão política sobre as escolhas públicas.

A esse respeito, cito excerto de obra doutrinária de Heleno Taveira Torres (TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145):

“Os controles da atividade financeira do Estado contribuem para o aperfeiçoamento da democracia. Por isso, é preciso evitar o gasto desnecessário, reduzir o peso da máquina burocrática e erradicar a corrupção, pelo quanto é danoso ao patrimônio público, fere de morte as instituições democráticas e republicanas, impede os avanços do Estado e afeta o patrimônio coletivo, ao inibir o evoluir da sociedade e prestações dos direitos sociais a serem atendidos. Quanto maior for a responsabilidade do gasto, mais aprimorado o sentimento republicano.”

Firme nessas três premissas, passo ao exame de instituições jurídicas fundantes da ordem constitucional brasileira em sua dimensão financeira, a título de justificar minha convicção acerca do deslinde do presente litígio. Nesse caminho, o expediente argumentativo ora proposto perpassará, em alguma medida, as noções de federalismo fiscal, crédito público e responsabilidade fiscal, as quais passam a serem versadas em perspectiva histórica e interdisciplinar.

A literatura econômica dá conta de quatro grandes movimentos conjunturais e estruturantes no relacionamento entre finanças estaduais e federação no período republicano brasileiro. No primeiro momento, entre 1889 e 1964, os governos subnacionais possuíam autonomia na reprodução de suas formas de atuação, o que representou um esforço em atender os interesses das várias unidades estaduais e um governo central

instrumentalizado para a existência de um pacto de elites locais, como bem descreve o saudoso Ministro Victor Nunes Leal na seminal obra “Coronelismo, Enxada e Voto”, originalmente publicada em 1948.

Após as chamadas “Reformas de 1964”, verificou-se, num segundo momento, novo padrão de financiamento público dos Estados, com base no Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG). Nesse ensejo, advieram o Código Tributário Nacional, o Decreto-Lei 200/67, a Lei 4.595/64 (Sistema Financeiro Nacional) e a Lei 4.320/64, que estatuiu normas gerais de Direito financeiro para elaboração e controle do ciclo orçamentário. A partir disso, os Estados perderam autonomia no comando dos instrumentos fiscais e tributários, levando-os a buscar novas fontes de financiamento.

Nesse ponto, como bem destacou o Ministro Dias Toffoli em sua manifestação oral na preliminar de cognoscibilidade do MS 34.023, os Estados estreitaram o relacionamento de seus Tesouros e empresas estatais com os bancos estaduais, compartilhando, então, suas dificuldades de financiamento com os agentes financeiros e ampliando a captação de recursos.

O terceiro momento decorreu do colapso dessa estratégia de financiamento com a crise econômica da década de 1980. Inaugurou-se, então, um período de interação instável entre os governos estaduais e as autoridades econômicas federais, como bem descreve Francisco Lopreato, nos seguintes termos (LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O Colapso das Finanças Estaduais e a Crise da Federação*. São Paulo: UNESP, 2002, p. 181):

“O jogo de forças entre os governos estaduais e as autoridades econômicas não pode ser analisado de modo linear, com o propósito de encontrar um ganhador. O momento deve ser visto como o limiar das mudanças no relacionamento das esferas de governo, dentro de um quadro específico, marcado pela crise e pela particular situação financeira dos governos estaduais. Os avanços no plano político deixaram claro que as decisões econômicas por interlocutores com vontade política. Isto é, o sucesso das autoridades no controle dos gastos

estaduais ocorreu, simultaneamente, com o germinar das condições que negavam esse próprio poder, pelo fortalecimento político e pelo peso dos interesses ligados aos governos estaduais, seja no confronto direto com o governo federal – possível para os representantes de Estados economicamente fortes -, seja na força de articulação no interior do Congresso Nacional, em razão da influência dos governadores sobre as respectivas bancadas.”

Por fim, um quarto momento se inaugurou com a mudança do quadro macroeconômico, a queda da inflação no Plano Real e a decisão de inserir o Brasil na cadeia globalizada de consumo e produção. Assim, estabeleceu-se um novo marco regulatório para as finanças estaduais, o que hodiernamente colocam as relações federativas diante de impasses e resistências, como o posto no presente feito.

A renegociação da dívida estadual ora analisada, na qualidade de processo inacabado, porém com marco inicial em 1994, visou à redefinição da arquitetura do controle do endividamento do setor público, por meio de um conjunto de programas, cujo impacto foi o refinanciamento praticamente integral das dívidas estaduais na ordem de R\$ 74 bilhões à época (LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O Colapso das Finanças Estaduais e a Crise da Federação*. São Paulo: UNESP, 2002, p. 215-217).

A solução de política econômica veio pela concatenação do Programa de Apoio à Reestruturação e Ajuste Fiscal dos Estados (PAF), Programa Estadual de Desestatização (PED) e o Programa de Incentivo à Redução da Presença do Setor Público Estadual na Atividade Financeira Bancária (PROES), transposta à linguagem jurídica no bojo da Lei 9.496/1997, que “*estabelece critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e outras que especifica, de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal*”.

No pensamento de Lopreato (LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O Colapso das Finanças Estaduais e a Crise da Federação*. São Paulo: UNESP, 2002, p. 215-217), a renegociação da dívida e os mecanismos de controle

do endividamento estavam atrelados a um programa macroeconômico implantado pelo Governo Federal, com a aquiescência dos Estados, passíveis de sistematização em dois eixos. Por um lado, tem-se a solução reiteradamente aventada pelas autoridades econômicas federais desde a década de 1980, isto é, o ajuste da relação entre fluxo e estoque das dívidas com a capacidade de pagamento dos governos estaduais, reduzindo a capacidade de endividamento desses entes federativos, ao condicioná-la à obtenção de receitas.

Noutra banda, houve um elemento inédito definidor do caráter do processo, isto é, a utilização da renegociação da dívida pública como fator indutor da reforma do Estado e de novas formas de articulação inter e intragovernamentais. Nesse sentido, a renegociação propiciou um ajuste macroeconômico em face da expansão fiscal e do descontrole das contas públicas, porquanto dentre os condicionantes do acordo constou a desestatização dos bancos e empresas estaduais.

Nesse quadro, o assim dito sucesso da proposta delimitou o campo de autonomia financeira dos Chefes dos Executivos dos entes estaduais precipuamente à potencialidade fiscal de seus respectivos Tesouros. Perdeu-se, portanto, o poder de “alavancagem” financeira, anteriormente possível a partir de bancos e empresas estaduais. Por conseguinte, a expansão do endividamento ficou limitada à capacidade fiscal de cada unidade em arcar com novos encargos e à expectativa do sistema financeiro em adiantar novos créditos, por meio da ampliação do risco da operação e da aceitação dos títulos da dívida mobiliária estadual em condições mercadológicas.

Demais disso, havia óbices no arcabouço jurídico ao retorno do endividamento, pelo menos no prazo alongado dos créditos públicos estaduais ora discutidos, porquanto a dívida total deve ser sempre decrescente em relação à receita do ente federativo e a emissão de nova dívida mobiliária vincula-se à condição do estoque da dívida em patamares inferiores à arrecadação. Por sua vez, a Lei de Responsabilidade Fiscal reduz as alternativas de financiamento e gastos alheios à via fiscal, ao definir parâmetros rígidos para a contratação de

novos empréstimos públicos. Ressalta-se que este diploma legal contou, inclusive, com a apreciação e chancela parcial deste Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADI-MC 2.238, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJe 12.09.2008.

Em suma, traça-se a síntese do presente panorama contextual com o fito de evidenciar que a presente controvérsia e a conjuntura que lhe circunda representa mais um caso de judicialização da crise federativa ora vivida, notadamente em seara financeira.

Na Teoria das Finanças Públicas, de Richard Musgrave, o planejamento eficiente da política fiscal visa a três objetivos básicos: a alocação de recursos; a distribuição de riquezas e rendas; e a estabilidade macroeconômica (MUSGRAVE, Richard A. *Teoría de la Hacienda Publica*. Trad. Jose Maria Lozano Irueste. Madri: Aguilar, 1968, p. 5). Entende-se, ainda, que em uma federação, a persecução dessas metas é compartilhada solidariamente pelas partes dessa união indissolúvel.

Ao fundamento de um esforço tentativo de providência de recursos financeiros aos estados mais pobres em prol do pacto federativo e, com efeito, da institucionalização de um critério de justiça, a responsabilidade alocativa é atribuída aos entes subnacionais na medida das respectivas autonomias financeiras e para fins de persecução de seus próprios interesses regionalmente ou localmente definidos.

A esse respeito, recorre-se ao escólio de Fernando Facury Scaff (SCAFF, Fernando Facury. *Royalties do Petróleo, Minério e Energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 342, grifos no original):

“O federalismo fiscal é um sistema que permite o rateio espacial de maneira horizontal e vertical das receitas, de forma geograficamente considerada. Existe ainda outra forma de partilha de receitas, que é a temporal, projetando seu uso de forma intergeracional”.

Em regra, os modelos de federalismo fiscal de um Estado-nação historicamente considerado tende a atribuir a alocação de recursos ao

ente subnacional, ao passo que as funções de distribuição de rendas e estabilidade macroeconômica se reservam ao governo central. É o caso brasileiro, com a peculiaridade de que por conta das diversas e complexas disputas entre governos estaduais e autoridades econômicas federais, em pacto constituinte, constitucionalizou-se boa parte da atividade financeira do Estado.

Visto isso, é pertinente verticalizar o que entendo serem os elementos basilares da crise federativa precitada. Em perspectiva horizontal (relação entre governos locais), o aspecto mais saliente do desvirtuamento do federalismo em sua dimensão financeira é a “Guerra Fiscal”, consistente na competição danosa por recursos públicos entre os entes federativos, muitas vezes ao arrepio da normatividade constitucional. No plano vertical (relacionamento entre governos central e locais), há três problemas, cada qual focalizado na receita, despesa e créditos públicos.

No campo da receita, há um acirramento dos conflitos acerca da distribuição da carga tributária, uma vez que no exercício financeiro de 2014 a Secretaria da Receita Federal noticia que a União deteve 68,47% da arrecadação, ao passo que os Estados ficaram com 25,35% e os Municípios, 6,19% do total (BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. *Carga Tributária no Brasil – 2014: análise por tributo e bases de incidência*. Brasília: Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, 2015, p. 5). Mesmo com a transferência intergovernamental do produto da arrecadação pelos sistemas de participação direta e indireta dos entes subnacionais, a desigualdade remanesce significativa, gerando questionamentos iterativos, inclusive em sede de jurisdição constitucional, por parte dos entes federativos. Vejam-se, a título de exemplificação, as ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, todas de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e RE-RG 572.762 (Tema 42 da repercussão geral), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Na esfera dos dispêndios públicos, dá-se conta de uma “descentralização por ausência”, para lembrar a terminologia utilizada por Gilberto Bercovici, consistente na transferência não planejada de

encargos, muitas vezes sem a equivalente redistribuição de verbas, do ente maior para o menor.

Nesse ponto, o déficit de planejamento, coordenação e cooperação no processo de descentralização das políticas públicas termina por erodir os alicerces do pacto federativo, porquanto em algumas áreas há sobreposição de atuação, conquanto, por vezes, há total ausência de prestação estatal. Novamente, nesse ponto, a Justiça Constitucional também é reiteradamente provocada. Cito, como exemplo, na área da segurança pública, os recentes julgamentos acerca das audiências de custódia (ADI 5.240, de relatoria do Ministro Luiz Fux) e o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário (ADPF-MC 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio). Parecem-nos casos veementes dos reflexos da crise federativa que se está a tratar no âmbito desta Suprema Corte.

A respeito desse tema, irmana-se à conclusão esposada por Gilberto Bercovici, nos seguintes termos (BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 69):

“O debate não deve ser entre descentralização e centralização, mas qual descentralização e para que (e para quem) descentralizar. A descentralização das políticas públicas deve ser realizada de forma gradual, apoiada em programas de assistência técnica e financeira, com o objetivo de evitar rupturas e prejuízos para a população. Ou seja, a descentralização deve ser realizada de maneira articulada, não conflitiva, como vem ocorrendo. O desequilíbrio gerado na descentralização é solucionado com uma política planejada de cooperação e coordenação entre União e entes federados, com os objetivos do desenvolvimento e da promoção da igualação das condições sociais de vida, não com o desmonte puro e simples ou o retrocesso da recentralização de receitas na esfera federal”

Por fim e mais importante ao presente caso, a crise federativa se manifesta no crédito público, mormente em decorrência do tratamento conflitivo dado ao colapso das finanças estaduais. Certa que foi a

renegociação da dívida pública no momento em que se deu, ante o risco de inadimplência generalizada, a negociação dos termos dos acordos da dívida provocou tensão no pacto federativo, justamente no que tange à reforma patrimonial e à limitação da liberdade de ação financeira estadual, a partir do comprometimento da receita corrente líquida como cláusulas dos acordos da dívida pública estadual.

Transcreve-se, a propósito, a percepção de Lopreato sobre a dinâmica conflitiva instaurada e aqui judicializada (LOPREATO, Francisco Luiz Cazeiro. *O Colapso das Finanças Estaduais e a Crise da Federação*. São Paulo: UNESP, 2002, p. 256):

“O compromisso financeiro com os encargos da dívida levou várias unidades a enfrentarem sérias dificuldades financeiras e a reagirem contra a perda de capacidade de gasto e de autonomia (...) A União, diante das pressões para a revisão dos acordos, foi obrigada a relevar atrasos, porém se manteve firme na defesa das regras vigentes. O resultado foi um quadro de conflito latente que, vez ou outra, ganhou transparência e está longe de chegar ao fim. A difícil situação fiscal dos Estados deixa antever novos desdobramentos e a continuidade das pressões em favor da redução do comprometimento máximo da receita real líquida com o pagamento dos encargos da dívida” .

É possível, neste ponto, recordar a antiga lição no sentido de que o componente fiduciário entre os entes federativos é algo intrínseco aos empréstimos públicos, firme nas lições de Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. *Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 20-21):

“Assim se vê que é condição essencial, preliminar e fundamental para o crédito público, a confiança que o Estado eventualmente inspire nas pessoas que estejam dispostas a emprestar-lhes dinheiro. É que o Estado é a pessoa que se põe na posição de sujeito de relação jurídica comutativa.

Evidentemente, sendo o Estado uma pessoa com aspiração

à perenidade – nisto se distinguindo essencialmente das pessoas particulares, que são por natureza transitórias – e sendo o editor da ordem jurídica, isto já se constituiria, por si só, em grande fator de crédito.

(...)

O crédito público tem o mesmo fundamento que o privado. Só empresta ao poder público quem nele tem confiança. Só sabendo que o Estado pode cumprir seus compromissos e ‘quer’ fazê-lo é que as pessoas lhe emprestam dinheiro.”

De fato, a trajetória da dívida pública brasileira representa uma preocupação persistente. Verifica-se, por exemplo, que o estoque de Dívida Pública Federal chegou ao patamar de R\$ 2,79 trilhões no mês de dezembro de 2015, segundo o Relatório Anual da Dívida Pública de 2015 (Cf. BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. *Dívida Pública Federal: relatório anual 2015*. n. 13. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2016), formulado pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda, em contraponto aos R\$ 2,29 trilhões referidos ao mesmo período do exercício financeiro anterior. Sugere-se, então, um aumento exponencial no dispêndio de verbas públicas, tendo em vista que as duas principais fontes de financiamento do Estado são os impostos e a dívida pública.

Por conseguinte, tendo em vista a disputa de recursos entre as políticas públicas e os chamados “serviços da dívida”, conjuntamente com a baixa plasticidade destes, inclusive por força do arcabouço constitucional, há uma correlação relevante entre a capacidade estatal de promover direitos e os juros dos empréstimos públicos. Nesse sentido, reputa-se imperativo um olhar cuidadoso por parte de uma *práxis* jurídica comprometida com a concretização de direitos fundamentais em relação ao financiamento do aparato estatal.

Nesses termos, a meu ver, emerge a participação ativa desta Suprema Corte, após provocação processual, no debate republicano acerca da responsabilidade fiscal, como se depreende do presente caso,

mas também no tangente à utilização da disponibilidade financeira dos depósitos judiciais (*inter alia*, ADI 5.072, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes), parcelamento de salários de servidores públicos (SL 883, de relatoria do Ministro Presidente), o rateio dos *royalties* do petróleo (ADI 4.917, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia), entre outros.

Ressalta-se que a participação dos tribunais para essa seara dialógica do federalismo cooperativo não é singularidade pátria. A desafiante situação da economia global tem gerado diversos impasses institucionais os quais terminam judicializados nas Cortes Constitucionais, como se observa com atenção na Europa continental. Em contexto português, a doutrina constitucionalista tem se ocupado amiúde da denominada “jurisprudência da crise econômica” do Tribunal Constitucional de Portugal (PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A Jurisprudência da Crise: tribunal constitucional português (2011-2013)*. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, a. 7, n. 1, pp. 168-189, jan./jun. 2014. MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do Estado social*. v. 2. t. 2. Coimbra: Coimbra, 2014. HESPANHA, António Manuel. *A Revolução Neoliberal e a Subversão do “Modelo Jurídico”: Crise, Direito e Argumentação Jurídica*. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Lisboa: Almedina, 2013).

No caso espanhol, o Professor Catedrático da Universidade Complutense de Madrid Miguel Ángel Martínez Lago assim comenta o controle de constitucionalidade do equilíbrio orçamentário (LAGO, Miguel Ángel Martínez. *El Control de Constitucionalidad de la Estabilidad Presupuestaria en España*. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coords.). *Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 373, tradução livre):

“(...) o controle de constitucionalidade confiado ao Tribunal Constitucional se move neste campo [responsabilidade fiscal], mais que em nenhum outro, em uma permanente tensão entre dois extremos: a autolimitação ou *self-restraint* que, por

vezes, deriva da simples abdicação de sua função de controle sobre a lei; e a aplicação ativista dos preceitos constitucionais que integram a Constituição econômica, com o risco de substituir as decisões do legislador democrático em sua legítima liberdade de opção política.

Deverá ponderar ambos os pratos da balança. E para que o equilíbrio-sustentabilidade seja realmente eficaz, o Tribunal não deveria deter-se em um controle formal, meramente externo, das normas ou disposições gerais submetidas a seu juízo, senão que deveria também fazer um controle material, contrastando a lei com sua aplicação prática e a coerência do legislador com as consequências de suas próprias opções legislativas.”

Com atenção a essa permanente tensão, haure-se a legitimidade democrática desta Corte, na qualidade de Tribunal Constitucional da Federação, para responder às questões normativas acerca do federalismo fiscal brasileiro. No caso particular, a responsabilidade institucional do STF é mais premente, pois o Brasil adota o método de limitação do endividamento público por meio de normas jurídicas (*ruled-based approaches*) (ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito Público e Responsabilidade Fiscal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007, p. 115), demandando uma resposta jurisdicional na espécie.

3. Mérito: da inconstitucionalidade formal.

As premissas que assentam a ação mandamental consistem: (a) no direito líquido e certo à obtenção de desconto, calculado na forma do art. 3º da Lei Complementar 148/14, no saldo devedor dos contratos de refinanciamento de dívidas celebradas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base, respectivamente, na Lei 9.496/97, na Medida Provisória 2.185-35/01 e dos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória 2.192-70/01; (b) na invalidade do Decreto 8.616 que, por desbordar dos limites da Lei Complementar, estabeleceu critério de

cálculo distinto daquele legalmente determinado.

Ocorre, no entanto, que a interpretação do art. 3º da Lei Complementar 148/14 com a redação dada pela Lei Complementar 151/15 depende do reconhecimento da validade da alteração legislativa, de iniciativa parlamentar, do regime de pagamento das dívidas mobiliárias dos Estados que foram assumidas pela União no âmbito do Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados.

Conforme se depreende da publicação do projeto de lei no Diário da Câmara dos Deputados de 25.03.2015, p. 461, a Lei Complementar 151 é de iniciativa parlamentar, tendo iniciado o processo legislativo no âmbito da Câmara dos Deputados (PLP 37/2015, de autoria do Deputado Leonardo Picciani). Por essa razão, o art. 1º da Lei Complementar 151/15, que alterou a Lei Complementar 148/14, ofende o art. 165, III, da Constituição Federal, pois é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo leis que, ao concederem remissão de dívida, interferem na lei orçamentária anual.

Preambularmente, deve-se consignar ser possível ao Tribunal, reconhecer, *ex officio*, a constitucionalidade da lei em que se funda o objeto da ação. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em obra doutrinária, assentou que (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1110):

“A questão de constitucionalidade deve ser suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, podendo vir a ser reconhecida *ex officio* pelo juiz ou tribunal”.

No mesmo sentido a jurisprudência deste Tribunal:

“(…) ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar nos casos em julgamento, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independentemente de pedido expresso das partes”.

(RE 219934 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE,

Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2004, DJ 26-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02174-03 PP-00436 RT v. 94, n. 835, 2005, p. 151-155 RTJ VOL 00192-02 PP-00722)

Registre-se, ainda, que, no âmbito da ação de mandado de segurança, também é possível que seja reconhecida a inconstitucionalidade da em que se funda a causa de pedir:

“A sentença de mérito decidirá sobre o direito invocado, apreciando desde a sua existência até a sua liquidez e certeza diante do ato impugnado, para concluir pela concessão ou denegação de segurança”.

(MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111-112)

“Não são raros os casos de declaração de inconstitucionalidade em ações de mandado de segurança”.

(MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1120)

Cite-se, como exemplo no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, o MS 23.262, Relator Ministro Dias Toffoli, assim ementado:

“EMENTA Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida. 1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva. 2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização

de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. 3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa. 4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD. 5. O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade. 6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990.”

(MS 23262, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Na hipótese dos autos, o direito alegado na inicial é o de obter descontos sobre os saldos devedores dos contratos de refinanciamento de dívidas celebradas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base, respectivamente, na Lei 9.496/97, na Medida Provisória 2.185-35/01 e dos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória 2.192-70/01. De acordo com a redação original do art. 3º da Lei Complementar, a concessão de descontos era prevista nos seguintes termos:

“Art. 3º É a União autorizada a conceder descontos sobre os saldos devedores dos contratos referidos no art. 2º, em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor

existente em 1º de janeiro de 2013 e aquele apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos, observadas todas as ocorrências que impactaram o saldo devedor no período.”

Posteriormente, com a vigência da Lei Complementar 151/15, o mesmo dispositivo passou a ter seguinte redação:

“Art. 3º A União concederá descontos sobre os saldos devedores dos contratos referidos no art. 2º, em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1º de janeiro de 2013 e aquele apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos, observadas todas as ocorrências que impactaram o saldo devedor no período.”

A Lei Complementar 151 acrescentou, ainda, um parágrafo único ao art. 4º, *in verbis*:

“Art. 4º Os efeitos financeiros decorrentes das condições previstas nos arts. 2º e 3º serão aplicados ao saldo devedor, mediante aditamento contratual.

Parágrafo único. A União terá até 31 de janeiro de 2016 para promover os aditivos contratuais, independentemente de regulamentação, após o que o devedor poderá recolher, a título de pagamento à União, o montante devido, com a aplicação da Lei, ficando a União obrigada a ressarcir ao devedor os valores eventualmente pagos a maior.”

Nos termos em que foi disciplinado o desconto da dívida, a União deixou de estar apenas autorizada a realizá-lo e passou a ser obrigada a tanto até o dia 31 de janeiro de 2016. Essa obrigatoriedade tem, como reconhecem ambas as partes nestes mandados de segurança, significativo impacto orçamentário. De acordo com o que sustenta a impetração, o saldo devedor, se aplicada a metodologia de juros simples, reduzir-se-ia

substancialmente.

O pagamento da dívida por parte do impetrante classifica-se, nos termos do art. 11 da Lei 4.320/64, como receita de capital para a União. Nesse sentido, a concessão outorgada nos termos do art. 3º da Lei Complementar 148 com a redação dada pela Lei Complementar 151 constitui renúncia de receita, o que repercute sobre as leis orçamentárias.

As leis orçamentárias, de acordo com o disposto no art. 165 da Constituição Federal, são de iniciativa privativa do Poder Executivo.

“Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

- I - o plano plurianual;
- II - as diretrizes orçamentárias;
- III - os orçamentos anuais.

(...)

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.”

Precedentes desta Corte têm, por sua vez, reconhecido que, conquanto não se deva ampliar por demais o estreito rol das taxativas hipóteses de reserva de lei (ADI 724, Relator Ministro Celso de Mello, Pleno, DJ 27.4.2001), norma que afeta os conteúdos das peças

orçamentárias, descritos nos §5º e § 6º do art. 165, são, também, de iniciativa privativa. Confira-se:

“O art. 165 da Constituição resguarda a iniciativa do Chefe do Poder Executivo contra qualquer espécie de norma que afete diretamente a elaboração das três peças orçamentárias”.

(ADI 2447, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-01 PP-00120).

Nesse precedente, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de Emenda à Constituição do Estado de Minas Gerais que destinou percentual orçamentário mínimo para a Universidade do Estado de Minas Gerais e para a Universidade Estadual de Montes Claros.

Em outra oportunidade, a Corte examinou a constitucionalidade da Lei gaúcha 11.367/99, que, por emenda parlamentar, concedia isenção do pagamento das parcelas de empréstimos recebidos por agricultores inscritos no Programa Emergencial de Manutenção e Apoio a Pequenos Proprietários Rurais. Por ocasião do julgamento da medida cautelar, posteriormente confirmada no julgamento de mérito, o então Relator Ministro Octavio Gallotti assentou que:

“Expungido todos esses aspectos colaterais, chego ao cerne da discussão, que alcança o art. 165, III, da Constituição, onde se consagra a exclusividade da iniciativa do Poder Executivo para a elaboração do orçamento anual.

Nessa inconstitucionalidade incorre, ao primeiro exame, o art. 2º da Lei estadual 11.367/99, de modo a transpor dotação da Secretaria de Agricultura e do Abastecimento para o Fundo Rotativo de Emergência da Agricultura Familiar.

Se é de iniciativa privativa do Poder Executivo a lei orçamentária anual, é intuitivo que à mesma exigência devem se achar subordinadas as disposições que venham revogá-la ou derogá-la.”

(ADI 2072 MC, Relator(a):

Min. OCTAVIO

GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1999, DJ 19-09-2003 PP-00015 EMENT VOL-02124-03 PP-00618)

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves assinalou:

“Vou acompanhar o eminente Relator, porquanto, se se entender que qualquer dispositivo que interfira no orçamento fere a iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo para lei orçamentária, não será possível legislar, sem essa iniciativa, a respeito de qualquer matéria – assim, por exemplo, pensão especial, doação ou remissão – que tenha reflexo no orçamento. Por esse entendimento, teremos que qualquer matéria financeira será da competência da iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo.

Aqui, o problema não é de destinação de verba, mas de remissão de dívida” (DJ 19.9.2003).

Quando do julgamento do mérito da ação direta, o e. Ministro Marco Aurélio sustentou que:

“Houve aprovação do orçamento, o orçamento do Executivo. A partir desse orçamento, o Executivo editou decreto prevendo empréstimos – e evidentemente empréstimos devem ser liquidados por aqueles que os tomaram. No caso concreto, simplesmente a Assembleia versou isenção: apontou que não caberia cobrar esses empréstimos, os valores respectivos. Ora, se esses valores não retornarem ao cofre público, ter-se-á diminuição do próprio orçamento aprovado para o Executivo, ou seja, substituiu-se a Assembleia Legislativa ao Executivo. Não sei nem se o Executivo poderia abrir mão dos valores dos empréstimos, considerada a coisa pública, o dever de zelar pela coisa pública. Mas, se assento, de início, que nem o Executivo poderia dispor desses valores, beneficiando certos cidadãos, muito menos fazendo as vezes dele, Executivo, o Legislativo.

Quando votei na matéria e peguei o voto respectivo, perguntei: "De onde sairá o dinheiro?" Aqui se tem um valor

total de R\$ 40 milhões e, em tese, os R\$ 40 milhões poderão não retornar, ante a isenção dada pela Assembleia, ao Executivo. Fico a imaginar, Presidente, se pega esse trato da matéria, considerado não só o âmbito federal, deliberações do Congresso a respeito de empréstimos efetuados pelo Executivo a partir – pouco importa – de numerário destinado ao fomento da agricultura familiar, como também o procedimento que poderá ser adotado pelas câmaras de vereadores.”

(ADI 2072, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 27-02-2015 PUBLIC 02-03-2015).

No mesmo sentido, o seguinte precedente:

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 11.393 , DE 03 DE MAIO DE 2000, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE TRATA DO CANCELAMENTO DE NOTIFICAÇÕES FISCAIS EMITIDAS COM BASE NA DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS - DIEF, ANO BASE DE 1998. ALEGAÇÃO DE QUE TAL NORMA VIOLA O DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, 2º, 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "b", E 155, § 2º, INCISO XII, ALÍNEA "g", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR (ART. 170, § 1º, DO R.I.S.T.F.). 1. Não há dúvida de que a Lei em questão anula atos administrativos, quando diz: "Ficam canceladas as notificações fiscais emitidas com base na Declaração de Informações Econômico -Fiscais-DIEF, ano base 1998". Ora, atos administrativos do Poder Executivo, se ilegais ou inconstitucionais, podem ser anulados, em princípio, pelo próprio Poder Executivo, ou, então, pelo Judiciário, na via própria. Não, assim, pelo Legislativo. 2. Afora isso, o art. 2º da Lei obriga o Estado a restituir, no prazo de trinta dias, os valores eventualmente recolhidos aos cofres públicos,

decorrentes das notificações fiscais canceladas. 3. E tudo sem iniciativa do Poder Executivo, o que seria, em princípio, necessário, por se tratar de matéria tributária (artigo 61, II, "b", da C.F.). Mesmo que se qualifique a Lei impugnada, como de anistia, que ao Legislativo caberia, em princípio, conceder (art. 48, VIII, da Constituição), não deixaria de ser uma anistia tributária, a exigir a iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Até porque provoca repercussão no erário público, na arrecadação de tributos e, conseqüentemente, na Administração estadual. 4. **Havendo, assim, repercussão no orçamento do Estado, diante da referida obrigação de restituir, parece violado, ao menos, o disposto no art. 165, III, da C.F., quando atribui ao Poder Executivo a iniciativa da lei orçamentária anual.** 5. Por fim, o cancelamento das notificações, de certa forma, traz benefício aos contribuintes de I.C.M.S., sem observância do disposto no art. 155, § 2º, XII, "g", da C.F., que exige Lei Complementar para regular sua concessão, com a ressalva do parágrafo 8º do art. 34 do A.D.C.T. 6. Estando preenchidos os requisitos da plausibilidade jurídica da Ação ("fumus boni iuris") e do "periculum in mora", a medida cautelar é deferida, para se suspender, "ex tunc", a eficácia da Lei nº 11.393, de 03.05.2000, do Estado de Santa Catarina. 7. Decisão unânime."

(ADI 2345 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2002, DJ 28-03-2003 PP-00062 EMENT VOL-02104-02 PP-00211)

Vê-se, portanto, que, ao dispor que a União concederá o desconto das dívidas e a aplicá-lo, de forma automática, já a partir de 31 de janeiro de 2016, a lei de iniciativa parlamentar acabou por retirar a previsão de receita já definida para o ano de 2016. Esse grau de concretude retira da lei orçamentária anual a previsão de arrecadação de receita. Na linha dos precedentes acima indicados, há, portanto, inconstitucionalidade na concessão de desconto na dívida dos Estados outorgado por lei de iniciativa parlamentar.

4. Mérito: da inconstitucionalidade material.

Ainda que fosse superado o vício de inconstitucionalidade formal, é preciso reconhecer que a Lei Complementar 151, ao afetar diretamente o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados, instituído pela Lei 9.496/97, deve se submeter às limitações ordinariamente atribuídas ao administrador público, sob pena de ofensa ao art. 167, especialmente incisos I e II, da Constituição Federal, que dispõe:

“Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de

um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

§ 2º Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente.

§ 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

§ 4.º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.

§ 5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo.”

As normas contidas nesse artigo, consubstanciam as obrigações constitucionais que materializam os princípios do planejamento e da organização orçamentária. Como norma geral do processo orçamentário, deve ser aplicada a todos os poderes. A Lei Complementar 151 também é materialmente incompatível com a CRFB.

Registre-se que, quando o Congresso Nacional delibera pela modificação da lei orçamentária, exige-lhe o próprio texto constitucional a compatibilidade com o planejamento do Estado, conforme previsão constante do art. 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal.

“Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

(...)

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

- a) dotações para pessoal e seus encargos;
- b) serviço da dívida;
- c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

- a) com a correção de erros ou omissões; ou
- b) com os dispositivos do texto do projeto de lei.

§ 4º As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.”

Proponho seja – caso superada a preliminar de inconstitucionalidade por vício de iniciativa –, então, aplicar aos projetos de lei de iniciativa parlamentar que impliquem aumento de despesa o disposto nos incisos do art. 167 da Constituição Federal.

Assim, afirma o Professor da Universidade de São Paulo José Mauricio Conti (CONTI, José Mauricio. *Iniciativa Legislativa em Matéria Financeira*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 299):

“A criação ou aumento de despesa pública, por certo, depende de existência de recursos financeiros que permitam financiá-la, o que está em estrita observância à Constituição, conforme se depreende da interpretação sistemática de seu texto, valendo destacar artigos que não deixam dúvidas quanto a isto, como os incs. I e II, do art. 167, que vedam a realização de despesas e programas sem a respectiva previsão orçamentária. (...)

Tal vedação não é argumento para que se estenda a interpretação no âmbito da iniciativa legislativa, vez que não é apenas o Chefe do Poder Executivo que dispõe de informações suficientes que permitam elaborar projeto de lei contendo a necessária previsão de fonte de recursos para financiá-lo”.

A observância do disposto no art. 167 da Constituição, materializa, entre outros, o princípio que, doutrinariamente, foi definido como o do equilíbrio orçamentário. Nas palavras de Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *Comentário ao artigo 165*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.).

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedia, 2013, p. 1765), “o equilíbrio orçamentário é princípio constitucional de legitimação porque penetra em todos os princípios específicos, do lado da receita e da despesa, quer se vinculem à justiça, quer derivem da segurança jurídica”. Conquanto tenha a Constituição dado relativa margem de discricionariedade para a conformação desse princípio, há, nas vedações estabelecidas no art. 167, óbices intransponíveis para a atividade legislativa.

Como reconheceu esta Corte quando do julgamento da ADI 2.238-MC, Relator Ministro Ilmar Galvão, Pleno, DJe 12.09.2008, a Lei de Responsabilidade Fiscal objetivou tornar efetivo o disposto nesse artigo ao disciplinar a forma pela qual as despesas públicas demonstrarão a compatibilidade com a lei orçamentária, conforme a previsão constante de seus artigos 15 e 16:

“Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.”

As restrições indicadas pela Lei Complementar 101, na esteira do posicionamento doutrinário de José Mauricio Conti, destinam-se, portanto, a controlar a atividade legislativa que, eventualmente, venha a desbordar dos limites constitucionalmente fixados para a realização de despesas. Trata-se, portanto, de norma que incide desde o início do processo legislativo orçamentário, razão pela qual, no caso específico da

Lei Complementar 151/15, por criar despesa via renúncia de receita sem a estimativa de impacto orçamentário, haveria incompatibilidade material com o disposto no art. 167, I e II, da CRFB.

Ainda que se argumente que, ante a natureza complementar da Lei 151, seria possível excepcionar o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal, é preciso advertir não apenas que a vedação da Lei Complementar 101, na linha do sustentam os precedentes desta Corte e o pensamento doutrinário, explicita diretriz constitucional, mas também que, por um dever de coerência, que se aplica também ao intérprete, no sentido de harmonizar as duas normas, como destaca MacCormick:

“No que diz respeito ao argumento sobre a coerência, a tarefa da qual os juízes se incumbiram se divide em duas partes. Primeiro, a investigação trata dos princípios ou valores que, na medida do possível, conferem sentido a um conjunto relevante de normas jurídicas – leis e precedentes lidando com o mesmo assunto no mesmo campo do Direito. (...) Quando o problema diz respeito à interpretação de um texto de lei, (...), o instrumento para fazer isso é supor a intenção do legislador de legislar coerentemente. Um legislador que respeita o Estado de Direito não pode escolher, arbitrariamente, exercer o poder legislativo sem considerar o modo pelo qual novas leis se sustentam dentro do sistema jurídico como um todo” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 260).

Dessa forma, a Lei Complementar 151, na medida em que deixou de autorizar e passou a obrigar a União, consubstanciou intervenção concreta e direta na execução de programas de governo, mas, ao contrário do que se exige do administrador, deixou de observar as regras constitucionalmente estabelecidas para o início de programas e para a realização de despesas.

De fato, a justificativa apresentada para a Proposta de Lei Complementar 37/2015 (PLP 37/2015) foi a seguinte:

“A Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014, é um diploma legal de imediata aplicação e, portanto, independente de regulamentação.

A União não tem cumprido a citada norma legal. Em consequência, os demais entes federados têm recorrido ao Poder Judiciário para pleitear seus direitos.

Por oportuno, entendo que a aprovação da proposta evitará inúmeras demandas judiciais e consistirá em importante contribuição para o país.”

O projeto tinha o seguinte teor:

“Art. 1º A Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.

4º.....

§ 1º A União terá o prazo de até 30 (trinta) dias, da data da manifestação do devedor, protocolada no Ministério da Fazenda, para promover os aditivos contratuais, independente de regulamentação.

§ 2º Vencido o prazo, previsto no §1º, o devedor poderá recolher, a título de pagamento à União, o montante devido, com a aplicação da Lei, ressalvado o direito da União de cobrar eventuais diferenças que forem devidas.”

Art. 2º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.”

É verdade que, no âmbito da Câmara dos Deputados, o projeto apenas veiculou prazo para que o desconto fosse realizado (conforme a previsão constante do art. 4º, § 1º, da Lei Complementar 148). No Senado, o PLC 15/2015 foi emendado de forma a nele incluir a obrigatoriedade na concessão dos descontos. Emenda n. 4, apresentada em Plenário, foi justificada nos seguintes termos (DSF de 16 de abril de 2015, p. 194-213):

“A presente Emenda busca assegurar o caráter obrigatório da troca dos indexadores das dívidas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei Complementar n. 148, de 2014, objeto de alterações pelo PLC n. 15, de 2015, não determina a troca dos indexadores, mas tão somente autoriza a União a efetuar a troca, o que ela, obviamente, somente fará, caso concorde.

O texto proposto pelo PLC n. 15, de 2015, para o § 1º do art. 4º da Lei Complementar n. 148, determina o prazo de 30 dias para que a União apresente os aditivos contratuais após manifestação do devedor. Porém, entendemos que, caso a União não concorde com a troca do indexador, ela poderá manifestar-se apenas nesse sentido, sem a celebração de aditivos.

Por fim, a redação proposta para o § 2º, não obstante faculte ao devedor efetuar o pagamento apenas do montante devido, com a aplicação da Lei Complementar n. 148, já faz a ressalva que a União poderá cobrar eventuais diferenças que forem devidas.

(...)

Por isso, apresentamos emenda ao caput dos arts. 2º e 3º da Lei Complementar n. 148, de 2014, assegurando o caráter obrigatório da troca dos indexadores das dívidas dos Estados e Municípios”.

Na análise feita em Plenário, foi apresentado parecer que assim se manifestou sobre a obrigatoriedade da concessão dos descontos (Parecer 95 de 2015, DSF de 16 de abril de 2015, p. 194-213):

“Por isso estou convencida de que a lentidão na regulamentação da Lei 148/2014 pode, de fato, resultar em uma tragédia para estados e para os municípios, pois sufoca qualquer tentativa consistente de aumentar a capacidade de endividamento”.

Por ocasião do debate em Plenário, novas emendas foram

apresentadas, tendo sido acolhida, na sessão seguinte, apenas a que acrescia o parágrafo único ao art. 4º da Lei Complementar 148 (DSF de 22 de abril de 2015, p. 387-399), cuja redação é a que atualmente vige para o referido dispositivo.

Como se observa da leitura dos pareceres e das justificativas apresentadas, não houve, quando da deliberação pela alteração de programa de governo, estimativa do impacto financeiro relativamente à renúncia de receita já para o ano corrente. A ofensa ao art. 167, I e II, da Constituição Federal tornam, por isso, nulas as alterações promovidas pela Lei Complementar 151 sobre a 148.

Há que se advertir que a nulidade também exsurge da violação do princípio da clareza orçamentária. Como leciona Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo. *Comentário ao artigo 165*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1762):

“O princípio da *clareza* recomenda que o orçamento organize as entradas e as despesas com transparência e fidelidade. Condena as classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos ou camuflados.

A CF 88 deu grande destaque ao princípio da clareza. Determina, no art. 165, § 6º, que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, medida que se complementa com o controle interno e externo de aplicação das subvenções e renúncias de receita (art. 70).

Esse princípio da clareza é importantíssimo para o equilíbrio orçamentário e abrange qualquer privilégio, ainda que sob a forma de renúncia de receita, de subvenção ou de restituição-incentivo. Modernizou-se, assim, a Constituição brasileira, não permitindo mais que parem dúvidas, como acontecia aqui e no estrangeiro, sobre a necessidade da inclusão

no orçamento fiscal de subsídios, subvenções e outros benefícios, relativos aos impostos ou embutidos nos juros, alguns dos quais antes se incluíam no orçamento monetário”.

O artigo 165 da CRFB dispõe que:

“Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.”

De forma a concretizar a diretriz constitucional, o artigo 10 da Lei Complementar 148 dispôs que:

“Art. 10. O Ministério da Fazenda, mediante ato normativo, estabelecerá critérios para a verificação prevista no art. 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, diretamente pelas instituições financeiras de que trata o art. 33 da citada Lei Complementar, levando em consideração o valor da operação de crédito e a situação econômico-financeira do ente da Federação, de maneira a atender aos princípios da eficiência e da economicidade.

Parágrafo único. Na hipótese da verificação prevista no caput, deverá o Poder Executivo do ente da Federação formalizar o pleito à instituição financeira, acompanhado de demonstração da existência de margens da operação de crédito nos limites de endividamento e de certidão do Tribunal de Contas de sua jurisdição sobre o cumprimento das condições nos termos definidos pelo Senado Federal.”

De fato, os arts. 32 e 33 da Lei Complementar 101/2000 explicitam o conteúdo do princípio da clareza relativamente às contratações de

operações de crédito da dívida pública. Confira-se:

“Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente.

§ 1º O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições:

I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica;

II - inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita;

III - observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal;

IV - autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo;

V - atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição;

VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

§ 2º As operações relativas à dívida mobiliária federal autorizadas, no texto da lei orçamentária ou de créditos adicionais, serão objeto de processo simplificado que atenda às suas especificidades.

§ 3º Para fins do disposto no inciso V do § 1º, considerar-se-á, em cada exercício financeiro, o total dos recursos de operações de crédito nele ingressados e o das despesas de capital executadas, observado o seguinte:

I - não serão computadas nas despesas de capital as realizadas sob a forma de empréstimo ou financiamento a contribuinte, com o intuito de promover incentivo fiscal, tendo

por base tributo de competência do ente da Federação, se resultar a diminuição, direta ou indireta, do ônus deste;

II - se o empréstimo ou financiamento a que se refere o inciso I for concedido por instituição financeira controlada pelo ente da Federação, o valor da operação será deduzido das despesas de capital;

III - (VETADO)

§ 4º Sem prejuízo das atribuições próprias do Senado Federal e do Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda efetuará o registro eletrônico centralizado e atualizado das dívidas públicas interna e externa, garantido o acesso público às informações, que incluirão:

I - encargos e condições de contratação;

II - saldos atualizados e limites relativos às dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito e concessão de garantias.

§ 5º Os contratos de operação de crédito externo não conterão cláusula que importe na compensação automática de débitos e créditos.

Art. 33. A instituição financeira que contratar operação de crédito com ente da Federação, exceto quando relativa à dívida mobiliária ou à externa, deverá exigir comprovação de que a operação atende às condições e limites estabelecidos.

§ 1º A operação realizada com infração do disposto nesta Lei Complementar será considerada nula, procedendo-se ao seu cancelamento, mediante a devolução do principal, vedados o pagamento de juros e demais encargos financeiros.

§ 2º Se a devolução não for efetuada no exercício de ingresso dos recursos, será consignada reserva específica na lei orçamentária para o exercício seguinte.

§ 3º Enquanto não efetuado o cancelamento, a amortização, ou constituída a reserva, aplicam-se as sanções previstas nos incisos do § 3º do art. 23.

§ 4º Também se constituirá reserva, no montante equivalente ao excesso, se não atendido o disposto no inciso III do art. 167 da Constituição, consideradas as disposições do § 3º

do art. 32.”

Essas obrigações relativamente à clareza na contratação das operações incumbem tanto aos Estados quanto à União. A União, por sua vez, deve, nos termos do que estabelece o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, expressamente indicar que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária.

A ausência de indicação expressa constitui, portanto, ofensa tanto ao equilíbrio orçamentário, quanto à clareza orçamentária.

Ainda no que tange à inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da clareza orçamentária, há outra razão para afastar a interpretação do conteúdo do art. 3º da Lei Complementar 148. Trata-se da necessária justificativa para a criação de critério de distinção entre os contribuintes.

Essa exigência decorre do princípio da solidariedade, expresso nos arts. 3º, III, e 165, § 7º, da CRFB, *in verbis*:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

§ 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

Como se observa do texto dos referidos artigos, o disposto no art. 165, § 7º, da CRFB visa a assegurar, no âmbito orçamentário, a realização do direito à igualdade que também é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro. A leitura conjunta desses dispositivos permite deduzir que a opção do constituinte para a realização do desenvolvimento e da redução de desigualdades regionais efetiva-se pela distribuição de recursos. Há, portanto, uma fórmula distributiva diferenciada relativamente à que limita-se a reconhecer como iguais os que desfrutam de mesmas oportunidades. Embora os indivíduos sejam responsáveis por suas decisões e ações, eles não podem ser responsabilizadas por circunstâncias cujo controle lhes escapa (art. 3º, IV, da CRFB).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 186, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, Dje 20.10.2014, assim definiu o alcance da dimensão material do direito à igualdade a complementar sua definição como mera igualdade de oportunidade:

“É bem de ver, contudo, que esse desiderato, qual seja, a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada “justiça distributiva”.

Só ela permite superar as desigualdades que ocorrem na realidade fática, mediante uma intervenção estatal determinada e consistente para corrigi-las, realocando-se os bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício da coletividade como um todo. Nesse sentido, ensina que [RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3]:

“As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos

acessíveis a todos”.

O modelo constitucional brasileiro não se mostrou alheio ao princípio da justiça distributiva ou compensatória, porquanto, como lembrou a PGR em seu parecer, incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade.

(...)

No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.”

Ao trazer o aporte da teoria de Rawls, o então Relator reconheceu que também deve-se aplicar, na estimativa de alcance do princípio da igualdade, o princípio da diferença, ou seja, o teste hipotético proposto pelo filósofo americano ao sustentar que a distribuição de recursos deve-se dar *ex ante* a partir de uma posição em que as pessoas não sabem como os talentos são distribuídos.

A aplicação dessa noção de igualdade ao caso concreto obriga que se reconheça como única justificativa plausível para o estabelecimento de diferenças relativamente à distribuição de recursos aos Estados como sendo aquela constante do art. 165, § 7º, da CRFB: o critério populacional. Ocorre, no entanto, que, de acordo com os dados apresentados pelos impetrados, não há nenhuma correlação entre o volume de recursos destinados aos Estados (via renúncia de receita) e sua população.

Por essa razão, considerando que tampouco foram apresentadas outras justificativas para realizar a distribuição de recursos, não seria

MS 34023 / DF

possível considerar como constitucionalmente compatível o princípio da solidariedade a concessão de descontos das dívidas dos Estados da forma como sugere a tese da impetração.

7. Conclusão.

Ante o exposto, voto pela denegação da segurança, propondo, consequentemente, a revogação das liminares respectivas.

Cópia