

Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura *versus* garantia dos direitos sociais

Fernando Facury Scaff

Professor da Universidade de São Paulo. Livre docente e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Pará. Advogado. Sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff – Advogados.

Palavras-chave: Direitos sociais. Orçamento. Princípio da não afetação.

Sumário: **1** Posição da questão – **2** Definindo conceitos: vinculação, afetação, referibilidade e despesas obrigatórias – **3** Liberdade do legislador orçamentário e vinculação de receitas – **4** A luta por um pedaço da arrecadação pública “para chamar de seu” – **5** Um exemplo de conquista de verbas no debate orçamentário anual: o caso das universidades estaduais paulistas – **6** Conclusões

1 Posição da questão

O foco deste trabalho é analisar como a jurisprudência do STF tem tratado o princípio da não afetação, que veda a vinculação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas, com algumas exceções, o qual foi constitucionalizado no art. 167, IV, assim grafado:

Art. 167. São vedados:

[...]

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.

Entende-se que se trata de uma norma de grande importância para o sistema de liberdades públicas no país, e que muitas vezes é mal compreendida no contexto em que vem sendo analisada, relegada a uma simples questão de organização e método orçamentário, o que, como será demonstrado, não é.

Trata-se de uma regra que veicula o valor *liberdade*, pois permite que o legislador orçamentário disponha, durante seu mandato, de recursos financeiros para implementar seu programa de governo, consoante as diretrizes estabelecidas pela Constituição. A norma concretiza a *liberdade do legislador orçamentário*, com exceção para a vinculação da receita de impostos para gastos com saúde e educação, o que é uma *garantia financeira para a efetivação desses direitos sociais*.

A busca por recursos deve se dar na disputa legislativa orçamentária, e não mediante vinculações normativas. Ocorre que muitas vezes grupos de pressão buscam *capturar* verbas do orçamento de forma perene, diretamente da fonte de receitas, *congelando* benefícios que ficariam *blindados* contra mudanças legislativas que podem ocorrer de ano para ano, fruto do processo orçamentário. O que é assegurado pela Constituição apenas para a efetiva fruição dos direitos fundamentais referentes à saúde e educação, como exceção à tal *liberdade*, corre o risco de se tornar um feudo de benefícios nada republicanos.

Até aqui o STF tem conseguido evitar que essa fonte especial assecuratória de receitas seja utilizada de forma generalizada, conforme será demonstrado.

2 Definindo conceitos: vinculação, afetação, referibilidade e despesas obrigatórias

Vinculação da receita corresponde a um *liame normativo* (constitucional ou legal), unindo a *receita* a certa *despesa*, *órgão* ou *fundo*. Trata-se de um conceito *relacional*. No Brasil, pós-Constituição de 1988, é vedada a vinculação da receita da espécie tributária *imposto*, sendo admitida a vinculação das demais espécies de receita.¹

¹ Na Constituição anterior, a vedação se referia a *tributos* e não a *impostos*. Ver SCAFF, Fernando Facury. Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito tributário*. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 1.139. Nesse trabalho afirmou: "Todavia, como interpretar o art. 4º, II, do CTN, acima transcrito, que menciona que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a destinação legal do produto da sua arrecadação? Entendo que o art. 4º, II, do CTN, após o advento do art. 167, IV, da Constituição Federal de 1988, somente é aplicável para os impostos, uma vez que aquela norma constitucional manteve o Princípio da Não Afetação apenas para esta espécie tributária, e não para as demais, como na Carta de 1967-69. Não se há de esquecer que a Lei 5.172/66 surgiu em decorrência da Emenda Constitucional n. 18 à Constituição de 1946, tendo sido instituída como lei ordinária, recebendo apenas posteriormente a denominação de Código Tributário Nacional, em razão do art. 7º do Ato Complementar 36, de 13.03.67. Foi a jurisprudência do STF que lhe reconheceu com *status* de *norma geral de direito tributário*, suprindo a exigência surgida com a EC nº 1/69 (art. 18, §1º), que exigia que este tipo de normas gerais passasse a ser veiculada através de lei complementar, o que não existia no texto original da CF/67. Neste sentido é que advogo que o art. 4º, II, do CTN, teve seu sentido restringido pelo art. 167, IV, da Constituição de 1988, que estabeleceu que o Princípio da Não Afetação diz respeito apenas à teoria geral dos impostos, e não à teoria geral dos tributos. Desta maneira, entendo que: a) a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, b) porém, a *destinação legal do produto da sua arrecadação* somente é importante para a *qualificação dos impostos*, e não dos *tributos em geral*, em face do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 167, IV), que reduziu a *liberdade de conformação do legislador* para a construção do orçamento, deixando livre apenas os impostos, e não os demais tributos, que permanecem vinculados à finalidade que gerou sua criação, e que deverá estar constitucionalmente estabelecida.

A norma constitucional, do art. 167, IV, veicula o que se convencionou chamar de *princípio da não afetação*.² Regis Fernandes de Oliveira menciona que

[...] o salutar princípio significa que não pode haver mutilação de verbas públicas. O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecadado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos primordiais. Não se pode colocar o Estado dentro de uma camisa de força, mingando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir.

A proibição da vinculação da receita de *impostos* admite exceções, que estão estabelecidas na própria Constituição. André Castro Carvalho menciona a possibilidade de serem criadas vinculações de um específico tributo ou de fração da receita pública a fins específicos ou amplos,³ a depender dos objetivos que vierem a ser estabelecidos pela política econômica envolvida. Essas vinculações teriam várias funções, dentre elas a de conceder autonomia financeira para um Poder, opinião compartilhada por Maurício Conti, no que tange ao Poder Judiciário,⁴ ou servir como garantia de contratos com o poder público.⁵

Outro conceito é o de *afetação*, que possui correlação com *finalidades*. Enquanto a *vinculação* cria um *liame normativo* entre receita e despesa, a *afetação* diz respeito a uma finalidade a ser realizada com aquela despesa.⁶ A *vinculação* é um *instrumento financeiro formal*, enquanto a *afetação* é *uma técnica financeira de conteúdo*, pois cria um objetivo a ser alcançado com aquele recurso, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia.

Na prática, os dois conceitos se entrelaçam, embora tenham conotações distintas. Ou seja, as exceções ao princípio da não afetação permitem que sejam criadas *vinculações* normativas *afetando* a receita de impostos aos gastos com saúde e educação. Por exemplo, na Constituição brasileira há *vinculação* (liame) de 18% da receita de impostos federais *afetados* (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, tudo por força do art. 212.

Caso não seja destinado o produto da arrecadação dos tributos (excetuados os impostos) à finalidade que os criou, haverá inconstitucionalidade por violação ao art. 167, IV". A não aplicação do art. 167, IV, CF, às taxas já foi decidida pelo STF em pelo menos duas oportunidades: ADI 3.643, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 8.11.2006, Plenário, DJ de 16.2.2007; e RE 570.513AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16.12.2008, Segunda Turma, DJE de 27.2.2009.

² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. RT, p. 366.

³ CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 25-26.

⁴ Ver CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. MP, 2006, p. 150. Para esse autor, a eventual criação de vinculações de impostos ao Poder Judiciário não violaria a regra da *não afetação*, em razão de que a separação de poderes é uma cláusula pétrea.

⁵ Carvalho (2010, p. 129 e ss).

⁶ Carvalho (2010, p. 22 e ss).

Há de distinguir esses dois conceitos (*afetação* e *vinculação*) da *distribuição do produto da arrecadação*,⁷ que é pertinente ao sistema de *repartição* da receita, de federalismo fiscal, de rateio de valores entre entes federados. O conceito de *vinculação da receita* diz respeito a um liame estabelecido entre aquela receita e uma determinada despesa, órgão ou fundo, obedecidas as ressalvas normativas. *Vinculação* não é um *rateio federativo*, mas a criação de um *elo normativo de ligação* da receita a uma finalidade – a uma *afetação*.

A *distribuição do produto da arrecadação* obedece a um critério espacial, geográfico; a *vinculação de receita* obedece a um critério *relacional*, que congrega a receita ao estabelecimento de uma finalidade. *Afetação* é o *estabelecimento dessa finalidade, que ocorre por meio da vinculação a uma despesa, órgão ou fundo, obedecidas as restrições normativas*.

Para aplicar esses conceitos, consulta-se Regis Fernandes de Oliveira:⁸ o sistema de *fundos de participação* distribui o *produto da arrecadação* de forma interfederativa; o sistema de *fundos de destinação* cria *vinculação* da receita *afetando-a* a um fundo.

Conceito próximo ao de *afetação* é o de *referibilidade*, aplicável às contribuições, espécie tributária cuja característica principal é estabelecer uma destinação para a sua arrecadação, sem que haja uma *vinculação formal* entre receita e despesa.

Na verdade, não é sequer necessário que seja criado um *vínculo normativo formal* entre a arrecadação das contribuições e sua destinação. Pode-se dizer que a *referibilidade das contribuições* é um tipo de *afetação* sem liame normativo formal e específico. O *liame* da *referibilidade* decorre do próprio *tipo tributário* das contribuições.

Assim, a extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF tinha sua arrecadação *referida* aos gastos com saúde; a arrecadação do PIS deve ser *referida* aos gastos com o seguro-desemprego; a arrecadação das contribuições previdenciárias deve ser utilizada para custeio do regime de aposentadoria e pensões, e assim por diante.

Quando o Estado opta por arrecadar mediante contribuições, já traz uma necessária *referência* quanto à sua aplicabilidade no tipo de gasto que gerou a imposição pela via tributária eleita.

Pode ocorrer, contudo, que seja previsto um liame *vinculativo formal*, como ocorre no caso da CIDE, art. 177, §2º, II, CF, que estabelece destinação específica para sua arrecadação.

⁷ Essa distinção, sob outra nomenclatura e enfoque, é feita por CORREIA FILHO, Celso de Barros. Repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 197-216.

⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. RT, p. 312 e ss.

Conceito distinto dos anteriores é o de *despesa obrigatória*, ou *gasto obrigatório*, também conhecido como *despesas de execução obrigatória*. “Diferentemente da vinculação da receita, a despesa obrigatória resulta da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la”, segundo Giacomoni.⁹

São essas despesas obrigatórias as principais responsáveis pela rigidez do orçamento, pois, quanto maiores, menos espaço haverá para a discricionariedade do legislador.¹⁰ As *vinculações* atrelam recursos a finalidades estabelecidas normativamente – existe uma fonte de recursos para satisfazer aquela fonte de despesa. Nas *despesas obrigatórias* não existe a direta fonte de recursos. São despesas dessa natureza os gastos com pessoal, os encargos da dívida pública e os gastos previdenciários, dentre outras.

É a quantidade de *despesas obrigatórias* que engessa o orçamento e faz com que a discussão sobre sua natureza obrigatória ou vinculada tenha ficado apenas nas franjas das disponibilidades econômicas remanescentes. Adilson de Abreu Dallari bem demonstra isso ao afirmar que:

O antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da pleora de normas que não deixam sombra de dúvida quanto ao fato de que o sistema de orçamentos é, na verdade, um subsistema do conjunto articulado de projetos e programas que devem orientar o planejamento governamental, o qual, nos termos do art. 174 da CF, é determinante para o setor público.¹¹

André Castro Carvalho menciona que “a despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao *gasto no exercício financeiro*, diferentemente da vinculação.¹² Aqui há uma discordância com o referido autor, pois ele coloca a ênfase distintiva na *temporalidade* para a realização do gasto público, ao mencionar que “obriga ao gasto no exercício financeiro”.¹³

⁹ GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro* RT, p. 354.

¹⁰ Francisco Sérgio Rocha esclarece esse jogo entre os Poderes na atividade orçamentária: “O orçamento é muito mais do que uma previsão de receita e estimativa de despesa em um contexto de controle político, surgindo como um mecanismo de planejamento, aplicação e controle sobre o recurso público, procedendo a uma interação entre Executivo e Legislativo na efetivação das políticas públicas em observância ao comando da Constituição” (ROCHA, Francisco Sérgio. *Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 742).

¹¹ DALLARI, Adilson de Abreu. *Orçamento impositivo*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 327.

¹² CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*, p. 120.

¹³ Em outra parte, torna ainda mais clara a distinção que efetua, ao escrever que: “já a despesa ou gasto obrigatório é, como o próprio nome diz, mandatário: exige que o ente federativo gaste certo percentual de sua receita pública total ou de alguma espécie tributária específica (comumente impostos) em um programa social dentro do exercício financeiro. É facilmente perceptível essa distinção quando a Constituição Federal, por exemplo,

De fato, observando-se o art. 212, *caput*, é literal a menção que “A União *aplicará*, anualmente, nunca menos de dezoito [...] por cento [...] da receita resultante de impostos [...] na manutenção e desenvolvimento do ensino”. O mesmo se verifica no §2º do art. 198, onde se encontra literalmente, que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *aplicarão*, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre [...]”.

Ocorre que o verbo utilizado pelas duas normas é “*aplicar*”, que nem sempre pode ser entendido como “*gastar*”, podendo sê-lo também como *entregar, atribuir, conferir, dirigir* dentre vários outros. As duas normas transcritas, dessa forma, podem ser interpretadas como uma regra de *vinculação* (liame) anual, que carrega fração do dinheiro *anualmente* arrecadado mediante uma fonte de recursos, *afetando-o* a uma despesa estabelecida. A *temporalidade* diz respeito ao total anualizado da receita que está *vinculada* a uma finalidade, e não ao *gasto obrigatório* com essa finalidade. Claro que haverá o gasto público naquela específica atividade, senão, qual a razão da arrecadação, da vinculação e da afetação? *Não há a obrigação de gastar todo o valor afetado no mesmo exercício financeiro em que a receita tiver sido arrecadada*. Essa é a diferença: a *temporalidade*.¹⁴ Existe a obrigação de gastar os recursos vinculados, obedecida a afetação, mas não no mesmo exercício financeiro.

Essa interpretação encontra-se formulada pelo STF na ADI 2.925-DF, julgada em 19 de dezembro de 2004, em que foi relator para o acórdão o ministro Marco Aurélio, na qual foi mantida a vinculação dos recursos arrecadados a título de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico CIDE de um exercício financeiro para outro. O *obiter dictum* do min. Carlos Mário é revelador dos debates havidos em Plenário:

Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal¹⁵ [...]. Volto a repetir, não estou dizendo que o Governo deve gastar, isso é um ato político, não pode é desvincular o produto da arrecadação daquilo que está expressamente estabelecido na Constituição.¹⁶

inscreve que os entes federativos deverão aplicar *anualmente* (art. 212, *caput*, e 198, §2º) determinado percentual sobre as receitas em saúde e educação” (CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*, p. 121).

¹⁴ Sobre direito financeiro e gastos com saúde, ver HABER NETO, Michel. *Tributação e financiamento da saúde pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, e também MARTINS, Carolina Machado Freire. *Os efeitos da judicialização da saúde no orçamento público federal: a desprogramação da assistência farmacêutica*. Dissertação de mestrado apresentada e aprovada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, 2013. Sobre a judicialização do direito à saúde, ver NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁵ Acórdão na ADIn 2.925, p. 175.

¹⁶ Acórdão na ADIn 2.925, p. 180.

Pode acontecer que esse *gasto obrigatório* venha a ocorrer em um ou mais exercícios, mas não poderá ser realizado em outra finalidade que não a prevista na *afetação* estabelecida e com, pelo menos, as receitas que tiverem sido a ela *vinculadas* (caso tenham sido), podendo ser com outras, se outras fontes de recursos forem destinadas.

Esse conceito de *gasto obrigatório* pode ocorrer (a) *por força de norma* que crie vinculações e afetações, como também pode decorrer de (b) sua *própria natureza*, como, por exemplo, os *gastos obrigatórios orçamentários* com pagamento de pessoal e seus encargos ou o pagamento do serviço da dívida pública.¹⁷ A Lei de Responsabilidade Fiscal ampara a manutenção do saldo desses recursos vinculados à mesma finalidade em exercícios financeiros diversos.¹⁸

Na verdade, são quatro os conceitos envolvidos e correlatos:

- o de *vinculação*, que permite a criação do liame normativo entre receita e despesa;
- o de *afetação*, que estabelece a *finalidade* da despesa/destinação dos recursos;
- o de *referibilidade das contribuições*, que decorre da própria espécie tributária adotada, que cria uma espécie de *afetação* entre receita e despesa, próprio da espécie tributária *contribuições*;
- e o de *gasto obrigatório*, que obriga a realização de uma despesa sem que necessariamente existam recursos a ela *vinculados*.

3 Liberdade do legislador orçamentário e vinculação de receitas

Os conceitos expostos são importantes para tentar desfazer algumas dúvidas recorrentes, em especial as que entendem que há *afetação* nas transferências interfederativas obrigatórias.

Vê-se que o art. 167, IV, que criou o assim chamado *princípio da não afetação*, traz em seu bojo as seguintes distintas prescrições normativas:

- a) *Afetação* de impostos para gastos com saúde (art. 198, §2º, CF), e para gastos com educação (art. 212, CF);
- b) *Distribuição do produto da arrecadação* (via Fundos de Participação para Estados e Municípios, conforme os arts. 158 e 159, CF), o que se constitui em um preceito de *federalismo fiscal*;

¹⁷ Esses dois exemplos, inclusive, encontram-se “blindados” no sistema orçamentário brasileiro, pois a Constituição impede que o Congresso Nacional modifique a proposta de lei orçamentária anual enviada pelo Poder Executivo quanto ao que tiver sido estabelecido para gastar nessas rubricas – art. 166, §3º, II.

¹⁸ LC nº 101/2000, art. 8º.

c) *Prioridade* na alocação de recursos para os serviços de administração tributária, consoante o que estabelece o art. 37, XXII, CF, e que se caracteriza como uma orientação de preferência na alocação de recursos quando forem estabelecidas as prioridades orçamentárias; e

d) *Garantia de operações financeiras*, que podem ser:

d.1) Para as operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (as comumente denominadas *operações de ARO* – Antecipação de Receita Orçamentária, previstas no art. 165, §8º, CF) ou

d.2) Para que os Estados, Distrito Federal e Municípios prestem à União garantia ou contragarantia em empréstimos ou para o pagamento de débitos que possuam com a União (art. 167, §4º, CF).

Centrando nossas atenções ao tema *vinculações*, dentro do art. 167, IV, CF, Giacomoni lembra que em nenhuma época se viu a utilização desse mecanismo aplicado de maneira tão generalizada,¹⁹ embora alguns dos conceitos utilizados para *afetar* essas *vinculações* sejam de tal maneira abertos e vagos, que possibilitam uma “grande flexibilidade alocativa ‘por dentro’ dessas vinculações, que permite a escolha de distintos programas ou ações como beneficiárias desses recursos”, como ressaltam Franselmo Araújo Costa e Hélio Martins Tolini.²⁰

Na verdade, o que é veiculado pelo art. 167, IV, CF, é o princípio da liberdade do legislador orçamentário, a fim de que os representantes do povo que venham a ser eleitos possam ter verbas disponíveis, sem atrelamentos, para poder cumprir as tarefas políticas que a sociedade lhes impôs. É por meio dos recursos dos impostos que serão realizadas as políticas públicas comprometidas através das eleições periódicas. Exatamente por esse motivo que os impostos não devem estar atrelados a órgão, fundo ou despesa, permitindo que o legislador estabeleça as prioridades durante seu mandato, o que ocorre orçamentariamente pelo sistema de planejamento financeiro previsto na Constituição: Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e Lei Orçamentária Anual – LOA. Observe-se que isso impõem debates parlamentares periódicos sobre o destino da arrecadação, enquanto que as verbas *vinculadas* são *carimbadas*, afastando do debate parlamentar esses valores, que desde antes são atrelados às finalidades estabelecidas. Tais finalidades só podem ser aquelas determinadas pela Constituição, conforme assevera Heleno Torres:

A Constituição Financeira visa garantir a certeza do direito e a estabilidade sistêmica ao longo de toda aplicabilidade das competências do direito

¹⁹ GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro* RT, p. 332.

²⁰ COSTA, Franselmo Araújo; TOLINI, Hélio Martins. *Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 953.

financeiro, segundo princípios e valores uniformes, nos limites dos direitos e liberdades fundamentais, com a máxima efetividade das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social.²¹

Observa-se que o art. 167, IV, CF, estabelece que devem estar excepcionadas dessa *liberdade* certos impostos obrigatoriamente afetados a finalidades educacionais e sanitárias. Justamente por essa característica é que em outro texto denominei de *garantia financeira dos direitos sociais* essas *vinculações de recursos* ao exercício desses direitos fundamentais.²²

A receita de impostos, excepcionadas essas vinculações, e obedecidas as transferências obrigatórias federativas, devem estar livres para que o legislador aponte as prioridades para seu uso.

O fato é que há uma busca desenfreada pela afetação de parcelas do orçamento pelos vários setores da sociedade. Enquanto os gestores centrais do orçamento lutam para desvincular receitas, os gestores setoriais buscam vinculá-las, pois, para estes, contar com recursos vinculados é um conforto, vez que “não precisam disputar esses recursos com os demais gestores durante a elaboração e aprovação do orçamento”, segundo a análise de James Giacomoni.²³ Pode-se dizer que todos buscam *capturar* uma fração das receitas orçamentárias *para chamar de sua*, a fim de não necessitar disputar com os demais setores da sociedade e, assim, amarrar o legislador orçamentário de forma perene àquele gasto público.

A análise jurisprudencial que será feita adiante demonstrará essa busca desenfreada de vários setores da sociedade em busca de vinculações orçamentárias para poder “*chamar de seu*” um pedaço da arrecadação pública, à margem do art. 167, IV, CF.

4 A luta por um pedaço da arrecadação pública “para chamar de seu”

4.1 Por parte de setores empresariais

Um caso de busca de *captura* de parcela da arrecadação por parte de empresários do setor da construção civil pode ser encontrado no RE 183.906/SP, julgado em 1997, tendo por relator o ministro Marco Aurélio, que apreciou a constitucionalidade

²¹ TORRES, Heleno. *Teoria da Constituição Financeira*. SP: Ed. RT, 2014, p. 75.

²² SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords.). *A eficácia dos direitos sociais: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. Vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 22-53.

²³ GIACOMONI, James. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 332.

da Lei paulista nº 6.556/89, por meio da qual foi majorada a alíquota do ICMS de 17% para 18%, ficando consignado que esse valor deveria ser afetado ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado de São Paulo S.A. e utilizado para o financiamento de programas de habitação popular. A ementa do acórdão ficou assim lavrada:

IMPOSTO – VINCULAÇÃO A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. A regra apanha situação concreta em que lei local implicou majoração do ICMS, destinando-se o percentual acrescido a um certo propósito – aumento de capital de caixa econômica, para financiamento de programa habitacional. Inconstitucionalidade dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo.

Registre-se que, nesse caso, a posição do STF foi de que não só a vinculação era inconstitucional, por violação do art. 167, IV, CF, mas também a imposição tributária, o que acabou por determinar a devolução aos contribuintes do um ponto percentual de ICMS que houvera sido majorado.

A despeito do trânsito em julgado dessa ação, o assunto permaneceu em debate, pois o estado de São Paulo, manteve a exigência desse acréscimo tributário e sua vinculação através das Leis estaduais nºs 7.003/90, 7.646/91 e 8.207/92, as quais foram declaradas inconstitucionais pelos RE 188.443 e 213.739 (julgados em 1998), ambos relatados pelo ministro Marco Aurélio.

Posteriormente ao julgamento inicial, ocorrido em 1997, o estado de São Paulo editou a Lei nº 9.903/97, através da qual foi majorada a alíquota do ICMS de 17% para 18%, por um ano (art. 1º), e, em vez de afetar essa majoração ao aumento de capital da Caixa Econômica estadual ou estabelecer que seria usado para programas de habitação popular, a Lei dispôs no art. 3º apenas que “O Poder Executivo publicará, mensalmente, no Diário Oficial do Estado, até o dia 10 (dez) do mês subsequente, a aplicação dos recursos provenientes da elevação da alíquota de que trata o Artigo 1º”. Ou seja, ao invés de *afetar* o aumento da alíquota à determinada finalidade, simplesmente estabeleceu que esse valor deveria ser objeto de publicação específica acerca da aplicação dos recursos decorrentes da majoração do tributo. Essa norma foi levada ao STF através do RE 585.535/SP, tendo por relatora a ministra Ellen Gracie, em julgamento ocorrido em 2010, que não declarou a inconstitucionalidade da norma estadual. Entendeu o tribunal que, dessa feita, não estaria havendo infringência ao art. 167, IV, CF, pois não haveria afetação do tributo a uma prévia e específica despesa, mas sim dentro do plano geral de governo do estado, tendo sido confirmada a majoração do tributo.

A alíquota interna padrão do ICMS paulista permanece em 18% até os dias atuais, tendo sido perenizado o aumento provisório criado em 1989 e sucessivamente

prorrogado. Como a afetação foi declarada inconstitucional (RE 183.906/SP, 188.443 e 213.739), e, a majoração, constitucional (no RE 585.535/SP), o “naco” do orçamento pretendido por esse setor da economia não foi mais dirigido necessariamente para essa finalidade, devendo ser buscado no debate orçamentário o recurso pretendido. Assim, a vinculação da receita pública para a construção civil desapareceu, mas a majoração da incidência permaneceu, onerando toda a sociedade envolvida.

Outro caso de busca de afetação por setores empresariais ocorreu no Estado de Santa Catarina, por meio do qual buscava-se, através de emenda constitucional estadual, que parte da receita do estado fosse destinada a programas de desenvolvimento do setor primário da economia. O caso pode ser visto na ADI 1.759, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, em 2010. A ementa ficou assim grafada:

Ação direta de inconstitucionalidade contra o inciso V do §3º do art. 120 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação dada pela EC 14, promulgada em 10.11.1997. Vinculação, por dotação orçamentária, de parte da receita corrente do Estado a programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. Inconstitucionalidade. afronta à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo em tema de diretrizes orçamentárias. Precedentes. Violação ao art. 167, IV, da Constituição. Precedentes.

Muitos programas de desenvolvimento de setores da economia buscam fontes próprias de financiamento, abocanhando nacos do orçamento, o que reforçaria sua rigidez, como pode ser visto neste caso do Distrito Federal, cuja norma de incentivos fiscais relacionada ao IPVA foi declarada inconstitucional em julgamento ocorrido em 2006, tendo por relator o ministro Eros Grau na ADI 1.750 (que confirmou a medida cautelar concedida anteriormente, cujo relator fora o ministro Nelson Jobim):

É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. O ato normativo atacado faculta a vinculação de receita de impostos, vedada pelo art. 167, IV, da CB/1988. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.

O mesmo ocorreu na ADI 1.374, julgada em 1995, tendo por relator o ministro Carlos Mário, relativamente a uma emenda à Constituição do estado do Maranhão, em que se buscava vincular 5% da arrecadação do estado e de todos os municípios para a produção de alimentos básicos. A tentativa de *captura de recursos* foi julgada inconstitucional pelo STF.

Embora o STF não tenha caracterizado como um caso de *vinculação*, a decisão abaixo é paradigmática acerca da busca de setores da sociedade por um naco do orçamento. Um incentivo fiscal concedido sob o pálio de incentivo ao esporte, por

exemplo, pode esconder, na verdade, um benefício individual disfarçado. É o caso da ADIn 4.259/PB, cujo relator foi o ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 2010, na qual foi analisada a Lei estadual da Paraíba nº 8.736/2009 que instituiu o Programa Acelera Paraíba, onde os contribuintes poderiam compensar valores pagos de ICMS destinando-os a incentivar os “pilotos de automobilismo nascidos e vinculados ao Estado da Paraíba”.

No caso, a despeito de não haver propriamente uma *vinculação fiscal* – pelo que se depreende do acórdão, havia um sistema de *patrocínio fiscal*, com *direcionamento* do imposto pago –, apenas um piloto paraibano preenchia os requisitos da norma para se habilitar a receber o valor de R\$1 milhão estabelecido como limite por aquela lei. A decisão do STF no referido acórdão foi de suspender seus efeitos até decisão final da Corte, por infringência ao princípio da impessoalidade. Ou seja, o que aparentemente veiculava uma regra geral de incentivo ao esporte estava concedendo benefício fiscal individual e pessoal.

O setor de combustíveis, energia elétrica e serviços de comunicação do estado do Rio Grande do Sul também buscou obter benefícios fiscais mediante fórmula financeira bastante interessante, mas que foi considerada inconstitucional pelo STF. A Lei estadual nº 12.223, de 3.1.2005 criou o Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, através do qual foi concedido crédito presumido de ICMS às empresas que atuavam nesses setores.

A Procuradoria Geral da República argumentou de forma dúplice para inquirar de inconstitucional a referida norma, atacando a necessidade de convênio do CONFAZ, desonerativo do ICMS, na forma da Lei Complementar nº 24/75, o que infringiria o art. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição, bem como pela infringência ao art. 167, IV, da Constituição, pois criaria uma espécie de *vinculação*, uma vez que a doação a esse fundo permitiria que houvesse o creditamento presumido de ICMS.

A decisão do STF, em acórdão da lavra da relatora ministra Ellen Gracie, julgado em 2007, afastou a primeira infringência e centrou fogo na segunda, demonstrando a existência de *vinculação*, ao arripio do art. 167, IV, CF. A ementa ficou assim lavrada (excerto):

2. O Diploma impugnado não representa verdadeiro e unilateral favor fiscal conferido a determinado setor da atividade econômica local, pois, conforme consta do caput de seu art. 5º, somente o valor efetivamente depositado a título de contribuição para o fundo criado é que poderá ser deduzido, na forma de crédito fiscal presumido, do montante de ICMS a ser pago pelas empresas contribuintes.

3. As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo

de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta Magna, com a natureza dessa espécie tributária. Precedentes: ADI 1.750-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, ADI 2.823-MC e ADI 2.848-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão.

4.2 Por servidores públicos

O STF também analisou um caso do estado de Santa Catarina no qual servidores públicos buscavam vincular *superávits arrecadatários* para reajuste de vencimentos. Essa vinculação foi também reputada inconstitucional pelo RE 218.874, julgado em 2007, tendo por relator o ministro Eros Grau:

Reajuste automático de vencimentos vinculado à arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Inconstitucionalidade. LC 101/1993 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado-membro, vinculado ao incremento da arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos arts. 37, XIII; 96, II, *b*; e 167, IV, da CB. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da LC 101/1993 do Estado de Santa Catarina.

Constata-se que a pretensão dos servidores públicos se caracterizaria quase como uma apropriação dos superávits arrecadatários em benefício do reajuste monetário da categoria. O STF considerou inconstitucional a pretensão, sob o argumento da violação do art. 167, IV, CF, embora a vinculação não fosse diretamente referida à arrecadação dos impostos, mas ao superávit arrecadatário, que pode ocorrer sobre diversas formas, através de receitas tributárias de taxas ou receitas patrimoniais.

4.3 Busca da afetação (ou sua ampliação) por setores sociais

Aqui se analisa a busca da ampliação da vinculação constitucionalmente prevista pelos setores de educação e de saúde, ou a busca por vinculações em outros setores sociais.

O STF já declarou inconstitucional texto de emenda constitucional estadual em que foi estabelecida a ampliação da afetação da receita de impostos para o setor de saúde. Isso ocorreu através da ADI 1.848, julgada em 2002, referente ao estado de Rondônia, tendo por relator o ministro Ilmar Galvão. Foi proponente da referida ADI o governador do estado. A ementa do acórdão da medida cautelar ficou assim lavrada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE RONDÔNIA. §1º DO ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, INSERIDO PELA EMENDA

CONSTITUCIONAL Nº 7/97. ALEGADA VIOLAÇÃO AO INC. IV DO ART. 167 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CAUTELAR DEFERIDA. A disposição da Constituição do Estado de Rondônia, ao prever que se aplique nunca menos de dez por cento da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, no sistema de saúde, vincula a receita tributária em hipótese não enquadrada nas ressalvas do inc. IV do art. 167 da Constituição Federal. Cautelar deferida.

Caso interessante, que mescla federalismo fiscal e interesses indígenas pode ser visto na ADI 2.355-MC, relatada pelo ministro Celso de Mello, julgada em 2002, relativamente ao estado do Paraná. No caso, o estado buscava determinar que os municípios aplicassem em áreas indígenas 50% do ICMS a eles transferido por determinação constitucional. A Procuradoria Geral da República propôs a ADI, que acabou declarando inconstitucional a norma estadual, e que ficou assim ementada:

Lei estadual que determina que os Municípios deverão aplicar, diretamente, nas áreas indígenas localizadas em seus respectivos territórios, parcela (50%) do ICMS a eles distribuída. Transgressão à cláusula constitucional da não afetação da receita oriunda de impostos (CF, art. 167, IV) e ao postulado da autonomia municipal (CF, art. 30, III). Vedação constitucional que impede, ressalvadas as exceções previstas na própria Constituição, a vinculação a órgão, fundo ou despesa do produto da arrecadação de impostos. Inviabilidade de o Estado-membro impor ao Município a destinação de recursos e rendas que a este pertencem por direito próprio. Ingerência estadual indevida em tema de exclusivo interesse do Município. Doutrina. Precedentes. Plausibilidade jurídica do pedido. Configuração do *periculum in mora*. Medida cautelar deferida.

Por outro lado, em 2009 o STF, através da ADI 2.447, relatada pelo ministro Joaquim Barbosa, declarou que não haveria violação do art. 167, IV, CF, a emenda à Constituição do estado de Minas Gerais que estabelecia vinculação de 2% da receita orçamentária corrente ordinária para a Universidade Estadual de Minas Gerais e para a Universidade Estadual de Montes Claros e outros 7,5% para serem usados prioritariamente para a criação e implantação de cursos superiores nos vales do Jequitinhonha e do Mucuri. Isso ocorreria porque tais percentagens deveriam estar inseridas no percentual de 25% que a Constituição Federal obriga aos estados dirigirem aos gastos com educação, consoante o art. 212. A ementa ficou assim lavrada:

Norma constitucional estadual que destina parte das receitas orçamentárias a entidades de ensino. [...] Inexistência de violação material, em relação aos arts. 167, IV, e 212 da Constituição, na medida em que não há indicação de que o valor destinado (2% sobre a receita orçamentária corrente ordinária) excede o limite da receita resultante de impostos do Estado (25% no mínimo).

Observa-se que, a despeito de não ter sido considerado infringido o art. 167, IV, CF, a emenda constitucional estadual foi declarada inconstitucional por violar o

art. 165 da Constituição, que dá primazia ao chefe do Poder Executivo para propor normas que digam respeito ao orçamento.

Essa decisão revela-se muito confusa por várias razões.

O art. 165 não diz respeito à reserva de iniciativa legislativa em caso de emendas constitucionais, mas apenas de três leis orçamentárias: PPA, LDO e LOA. A despeito disso, o relator, ministro Joaquim Barbosa, entendeu que isso “não altera o juízo de violação da Constituição Federal”, e, com isso, também emenda constitucional sobre matéria orçamentária foi inserida como de iniciativa legislativa privativa do chefe do Poder Executivo.

Também não foi discutido se seria possível incluir o custeio do ensino superior no percentual de 25% da receita resultante de impostos, previsto no art. 212, pois fora do foco prioritário a ser atendido pelos estados, que é o ensino fundamental e médio, consoante o art. 211, §3º, CF.

Enfim, ficaram vários aspectos sem análise no presente caso, que bem poderiam ser melhor explicitados no julgamento.

Parodiando João Cabral de Mello Neto,²⁴ o setor de cultura também buscou a “parte que lhe cabe nesse latifúndio” orçamentário do estado do Paraná, quando, através de lei estadual, foi vinculado a esse setor 0,5% da arrecadação de ICMS. O ministro Gilmar Mendes foi o relator da ADI 2.529, julgada em 2001, que fulminou a pretensão, sob o pálio do art. 167, IV, CF: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.133/2001 do Estado do Paraná que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. Violação ao art. 167, IV, da CF. Precedentes. Ação direta julgada procedente”.

5 Um exemplo de conquista de verbas no debate orçamentário anual: o caso das universidades estaduais paulistas

Uma fórmula que respeita o princípio da não afetação previsto no art. 167, IV, CF, foi estabelecida no estado de São Paulo para financiamento das universidades estaduais paulistas, USP, UNESP e Unicamp. Em vez de atrelar as receitas de ICMS de forma perene ao financiamento dessas unidades educacionais, o que certamente seria objeto de ações judiciais contestatórias de sua constitucionalidade, o estado, a cada ano, inclui na Lei de Diretrizes Orçamentárias um percentual da arrecadação estadual para custear essas universidades, que deve servir de base na elaboração da LOA estadual. Assim, tradicionalmente, há vários anos, por consenso

²⁴ Diplomata e poeta, autor de *Vida e Morte Severina*, de onde foi tirada a paródia mencionada. Os versos são: “Essa cova em que estás,/com palmos medida,/é a cota menor/que tiraste em vida./É de bom tamanho,/nem largo nem fundo,/é a parte que te cabe/neste latifúndio”.

político, juridiciza-se na LDO e na LOA paulista o percentual de 9,57% da arrecadação do ICMS vinculando-o ao custeio das universidades estaduais mencionadas.

Periodicamente esse percentual é objeto de contestação política, como ocorreu em 2007, época em que José Serra foi governador, em que se pretendeu regular esse repasse mediante decretos, ou, mais recentemente, na apresentação do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2016 (PL-DO nº 587/15) pelo governador Geraldo Alckmin, em que foi proposta uma alteração na usual redação da norma, mencionando que o percentual de 9,57% da arrecadação do ICMS se tornasse o valor “máximo” a ser transferido.²⁵ Essa redação não foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado, que a alterou e foi sancionada pelo governador, tendo se transformado na Lei nº 15.870/15, mantendo a redação dos anos anteriores que tinham o percentual de 9,57% como “mínimo”, e não “máximo”, a ser transferido.²⁶

Ou seja, é no debate político ano a ano orçamentário anual que as verbas para as universidades paulistas são asseguradas, sem infringência ao princípio da não afetação.

6 Conclusões

A dimensão veiculadora de *liberdades* do princípio da não afetação ainda não foi devidamente reconhecida pelo STF, conforme se pode depreender das decisões referidas, embora esse tribunal o venha preservando de ataques de diversos setores da sociedade que buscam assegurar uma parcela das receitas de impostos para “chamar de sua” e, assim, fugir ao desgastante e anualizado debate orçamentário, realizado nos parlamentos.

²⁵ Texto do *caput* do artigo enviado à Assembleia Legislativa, com grifo aposto: “Artigo 4º – Os valores dos orçamentos das Universidades Estaduais serão fixados na proposta orçamentária do Estado para 2016, devendo as liberações mensais dos recursos do Tesouro respeitar, *no máximo*, o percentual global de 9,57% (nove inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – Quota-Parte do Estado, no mês de referência”.

²⁶ O texto integral do artigo sancionado é o seguinte, com grifo aposto, na íntegra: “Artigo 4º – Os valores dos orçamentos das Universidades Estaduais serão fixados na proposta orçamentária do Estado para 2016, devendo as liberações mensais dos recursos do Tesouro respeitar, *no mínimo*, o percentual global de 9,57% (nove inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) da arrecadação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – Quota-Parte do Estado, no mês de referência. §1º – À arrecadação prevista no “caput” deste artigo serão adicionados 9,57% (nove inteiros e cinquenta e sete centésimos por cento) das Transferências Correntes da União, decorrentes da compensação financeira pela desoneração do ICMS das exportações, da energia elétrica e dos bens de ativos fixos, conforme dispõe a Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, efetivamente realizadas. §2º – O Poder Executivo poderá dar continuidade ao programa de expansão do ensino superior público em parceria com as Universidades Estaduais. §3º – O Governo do Estado publicará no Diário Oficial, trimestralmente, demonstrativo dos repasses para as Universidades Estaduais, contendo a receita prevista e a realizada a cada mês, disponibilizando-o por meio eletrônico pela Secretaria da Fazenda. §4º – As Universidades Estaduais publicarão no Diário Oficial, trimestralmente, relatório detalhado contendo os repasses oriundos do Estado e de outras fontes, o número de alunos atendidos, bem como as despesas efetuadas para o desempenho de suas atividades, incluindo a execução de pesquisas”.

É imprescindível que haja sua preservação para que seja possível ao legislador orçamentário alocar as receitas de impostos para fazer frente aos gastos públicos em prol de todos, mantendo íntegra a liberdade orçamentária, cuja única ressalva vinculativa é para o direcionamento de gastos com educação e saúde, o que se caracteriza como uma *garantia financeira para a realização desses direitos sociais*.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura *versus* garantia dos direitos sociais. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 165-181, set./fev. 2016.
