

DEVIDO PROCESSO LEGAL E FEDERALISMO
FISCAL: INCONSTITUCIONALIDADE DE
DISPOSITIVOS DA LC 173/2020 QUE
ESTABELECEM A NECESSIDADE DE RENÚNCIA
A DIREITO POR ESTADOS E MUNICÍPIOS

GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA¹

sumário: Introdução; 1. Devido processo legal, inafastabilidade do controle jurisdicional e entes públicos; 2. O Supremo Tribunal Federal como árbitro da federação; Considerações finais; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

No presente estudo, defenderemos a inconstitucionalidade do parágrafo sexto² do art. 2º e do parágrafo sétimo³ do art. 5º da LC 173/2020. Os dispositivos indicam que Estados e Municípios só seriam beneficiados por determinadas medidas adotadas pela União Federal, previstas na norma indicada, que criou o Programa Federativo de enfrentamen-

¹ Professor Adjunto de Direito Financeiro pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

² “Art.2º. 8. 6º Os valores anteriores a 1º de março de 2020 não pagos em razão de liminar em ação judicial poderão, desde que o respectivo ente renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação, receber o mesmo tratamento previsto no inciso I do 8. 1º deste artigo, devidamente atualizados pelos encargos financeiros contratuais de adimplência.

³ “Art. 5º. 8. 7º Será excluído da transferência de que tratam os incisos I e II do caput o Estado, Distrito Federal ou Município que tenha ajuizado ação contra a União após 20 de março de 2020 tendo como causa de pedir, direta ou indiretamente, a pandemia da Covid-19, exceto se renunciar ao direito sobre o qual se funda em até 10 (dez) dias, contados da data da publicação desta Lei Complementar.”

to ao Coronavírus (Covid-19), caso renunciem ao direito deduzido em ações judiciais.

No caso do parágrafo sexto do art. 2º, a medida é relacionada ao impedimento de a União Federal executar, no período de 01/03/2020 a 31/12/2020, garantias de dívidas decorrentes de contratos de refinanciamento celebrados com Estados, Distrito Federal e Municípios. Os valores anteriores a 01/03/2020 que não foram pagos em razão de liminar poderão receber o mesmo tratamento conferido pelo parágrafo primeiro, inciso I, do mesmo dispositivo (serão apartados e incorporados aos respectivos saldos devedores em 1º de janeiro de 2022), desde que o ente político “*renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação.*”

No caso do parágrafo sétimo do art. 5º da LC 173/2020, a exigência relaciona-se à entrega, pela União, de valores a título de auxílio financeiro aos Estados, Distrito Federal e Municípios. O dispositivo estabelece que será excluído das transferências o ente subnacional que tenha ajustado ação contra a União após 20/03/2020, tendo como causa de pedir, direta ou indiretamente, a pandemia da Covid-19, exceto se renunciar ao direito sobre o qual se funda em até dez dias, contados da publicação da lei complementar.

Apesar das particularidades, o escopo das duas regras é semelhante: afastar do controle jurisdicional eventuais pretensões de Estados e Municípios em relação à União Federal. Ocorre que os entes federativos também são destinatários de alguns direitos estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal - CF, inclusive o devido processo legal e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Além disso, tais restrições acabam por embarçar a condição do Supremo Tribunal Federal como árbitro da federação. Por tais razões, consideramos inconstitucionais os dois dispositivos, conforme razões explicitadas a seguir.

1. DEVIDO PROCESSO LEGAL, INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICCIONAL E ENTES PÚBLICOS

A afirmativa de que entes federativos seriam destinatários de alguns direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF poderia causar certo desconforto caso houvesse apego à literalidade do capítulo no qual o dispositivo está inserido (direitos e deveres individuais e coletivos). Todavia, a aplicação de diversos direitos e garantias indicados é aceita de forma tranquila pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim é que Luis Roberto Barroso, ao discorrer sobre a aplicabilidade do parágrafo único do art. 160 da CF, que admite a retenção de

recursos de entes subnacionais em débito com a União Federal, indica a necessidade de observância do devido processo legal (art. 5º, IV, da CF) para a aplicação válida do instituto.⁴

O Supremo Tribunal Federal também possui diversos precedentes invocando o devido processo legal como fundamento para resolução de disputas envolvendo entes federativos. Nessa linha, temos a Ação Cível Originária 3256, proposta pelo Estado de Tocantins em face da União Federal, julgada em 2020:

“AGRAVO INTERNO NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA VIA ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO PROVIDO TÃO SOMENTE PARA REDUZIR O VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. 1. A União é parte legítima para figurar no polo passivo das ações em que Estado-membro impugne inscrição em cadastros federais de inadimplentes e/ou de restrição de crédito. Precedente: ACCO 1.995, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 4/8/2015. 2. Em razão de expressa determinação constitucional, na medida em que a atuação da Administração Pública é pautada pelo princípio da legalidade (CF, art. 37, caput), inexistente, em princípio, qualquer ilegalidade na atuação da União em proceder à inscrição do órgão ou ente nos cadastros de restrição. 3. In casu, diante de hipótese excepcional, autoriza-se a exclusão judicial da inscrição nos cadastros de inadimplência, no atã de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. 4. A anotação de ente federado em tais cadastros exige a **prévia e efetiva observância do devido processo legal, em suas dimensões material e processual.** 5. A tomada de contas especial é medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Parecer nº 01/2009. Sentido e alcance do parágrafo único do art. 160 da Constituição: parâmetros para a retenção de receitas estaduais pela União Federal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2010, p. 306/307. “Em um Estado de Direito, o monopólio da violência foi atribuído ao Estado e já não admite a autotutela, salvo em situações muito excepcionais. No âmbito das estruturas estatais, cabe ao Judiciário, no contexto de um devido processo, decidir as disputas por acaso existentes e impor a solução apurada ao final fazendo uso da coerção, se necessário. Note-se, embora se trate de um tratado, que o que se acaba de afirmar aplica-se não apenas aos particulares, mas também ao Poder Público. A Constituição de 1988 chega mesmo a atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para decidir determinadas disputas entre entes políticos, como se vê do art. 102, I, “f” da Carta.”

irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União. Precedentes: ACO 1.848-Agr, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Dje de 6/11/2014, AC 2.032, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Dje de 20/3/2009, 6. Agravo interno provido, não somente para reduzir o quantum arbitrado à União a título de honorários de sucumbência, fixando-os em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC. (ACO 3256 Agr, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020. PROCESSO ELETRÔNICO Dje-206 DIVULG 18-08-2020 PUBLIC 19-08-2020) grifado

No caso ora em exame, os parágrafos sexto⁵ do art. 2º e do parágrafo sétimo⁶ do art. 5º da LC 173/2020 violam o devido processo legal, na medida em que conduzem Estados e Municípios a não se valerem do acesso ao Judiciário para a defesa de direitos, restando assim violado também o direito à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).⁷

Cabe aduzir que a medida legislativa de condicionar providências da União Federal à prévia desistência de ações judiciais, no âmbito das relações entre os entes federativos, não é uma inovação da LC 173/2020.

A Lei Complementar 156/2016, que estabeleceu Plano de Auxílio aos Estados, trouxe dispositivo semelhante, como condição para que a União Federal realizasse aditivos em contratos de refinanciamento de dívidas:

“Art. 1º A União poderá adotar, nos contratos de refinanciamento de dívidas celebrados com os Estados e o Distrito Federal com base na Lei nº 9.496, de 11 de setembro de 1997, e nos contratos de abertura de crédito firmados com os Estados ao amparo da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, mediante celebração de termo aditivo, o prazo adicional de até duzentos e quarenta meses para o pagamento das dívidas refinanciadas. § 8º A concessão do prazo adicional de até duzentos e quarenta meses de que trata o caput deste artigo e da redução extraordinária da prestação

5 “Art. 2º. § 6º Os valores anteriores a 1º de março de 2020 não pagos em razão de liminar em ação judicial poderão, desde que o respectivo ente renuncie ao direito sobre o qual se funda a ação, receber o mesmo tratamento previsto no inciso I do § 1º deste artigo, devidamente atualizados pelos encargos financeiros contratuais de adimplência.

6 “Art. 5º. § 7º Será excluído da transferência de que tratam os incisos I e II do caput o Estado, Distrito Federal ou Município que tenha ajustado ação contra a União após 20 de março de 2020 tendo como causa de pedir, direta ou indiretamente, a pandemia da Covid-19, exceto se renunciar ao direito sobre o qual se funda em até 10 (dez) dias, contados da data da publicação desta Lei Complementar.”

7 “Art.5º..... XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

menal de que trata o art. 3º depende da desistência de eventuais ações judiciais que tenham por objeto a dívida ou o contrato ora renegociado, sendo causa de rescisão do termo aditivo a manutenção do litígio ou o ajustamento de novas ações.”

O Estado de Alagoas insurgiu-se contra a referida previsão, sustentando principalmente a violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, por ocasião da ACO 3085. O Ministro Relator Luís Roberto Barroso considerou o fundamento plausível, por ocasião da concessão da medida liminar, para eximir o Estado de Alagoas da necessidade de desistir de ações judiciais que questionam a dívida ou o contrato renegociado, nos seguintes termos:

“(…) A alegação de abuso de competência legislativa da União para estabelecer as regras do plano de auxílio aos Estados e ao Distrito Federal tem potencial para desestabilizar o pacto federativo. Atese de que a União disciplinou o regime de equilíbrio fiscal sem refletir integralmente os termos da proposta firmada com os Estados coloca em questão a necessidade de desistência de ações judiciais que questionam a dívida ou o contrato renegociado (...).”

Em cognição sumária, também se verifica possível afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, já que cabe ao Poder Judiciário o exame quanto às cláusulas e consequências de refinanciamentos de dívidas públicas, notadamente as que envolvem risco de não cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (...).”

Exigência semelhante também constou no art. 2º, parágrafo 1º, inciso II do Decreto 8.616/2015, para celebração de aditivo ao contrato de refinanciamento da dívida pública estadual, conforme a LC 148/2014. O Estado do Rio de Janeiro questionou a constitucionalidade do dispositivo na ACO 2810, tendo sido deferida a medida liminar pela Ministra Relatora Carmen Lúcia, que também apontou a plausibilidade da alegação de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A ACO 2810 acabou sendo extinta, sem julgamento do mérito, por perda superveniente do objeto, considerando a revogação do dispositivo atacado constante do decreto.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado, em sede de recurso repetitivo, indicando que a confissão de dívida tributária em parcelaamento realizado pelo ente tributante não impede que o contribuinte questione judicialmente a obrigação tributária em relação aos seus aspectos jurídicos.⁸ Em outros termos, se mesmo ao particular não se retira de forma absoluta

8 Resp 1133027/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, Dje 16/03/2011.

o recurso ao Poder Judiciário, ainda que tenha realizado parcelamento com cláusula de confissão do débito, não se compreende de que modo se poderia retirar tal direito dos entes federativos, em hipótese semelhante.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÁRBITRO DA FEDERAÇÃO

George Anderson destaca que um Judiciário forte e independente é crucial para a assegurar a higidez do Estado de Direito e que, na maioria das federações, o Judiciário (em particular as cortes constitucionais) constitui a instância jurídica mais alta para a resolução de disputas envolvendo a Constituição.⁹

Willba Lúcia Bernardes destaca que a atuação da jurisdição constitucional por intermédio do Supremo Tribunal Federal deve ser mais comprometida com os fundamentos do federalismo, considerando a tendência atual de ampliação das normas centrais da Constituição ou de fixação de normas simétricas absolutas, favorecendo o Governo Central.¹⁰

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizado como verdadeiro “Tribunal da Federação”¹¹ pelo exercício da relevante função de árbitro dos conflitos federativos, tendo sido chamado a decidir nas últimas décadas diversos temas federativos de alta indagação, sendo certo que parcela da doutrina advoga a necessidade de que o STF adote postura de tutela dos valores federativos como forma de impedir a expansão do poder central.¹²

Além disso, a forma federativa de Estado constitui cláusula pétrea (art. 60, §4º, I). As cláusulas pétreas não possuem como única função indicar à jurisdição constitucional os limites legítimos de atuação do Congresso Nacional na edição de emendas constitucionais, mas também de explicitar quais são as decisões políticas fundamentais que o constituinte originário adotou. Tais decisões funcionarão como princípios fundamentais que devem orientar o trabalho de interpretação de todo o ordenamento jurídico.

⁹ ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 81.

¹⁰ BERNARDES, Willba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 261.

¹¹ ARABI, Abhner Youssef Mora. *Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadas*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 87.

¹² ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *Federalismo fiscal brasileiro e as contribuições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 239 e seguintes.

Sobre o ponto, Luis Roberto Barroso destaca que as cláusulas pétreas desempenham papel mais amplo do que o de simples contenção do poder de reforma constitucional. Justamente por materializarem as decisões políticas essenciais e os valores mais elevados de determinada ordem jurídica, funcionam como princípios fundamentais que orientam a interpretação constitucional, “dando unidade e harmonia ao sistema”.¹³

Humberto Ávila também destaca que a instituição das cláusulas pétreas apresenta importante repercussão, pois ao proibir a modificação de determinadas normas, a Constituição acaba atribuindo a elas uma importância maior, ou seja, uma verdadeira “preponderância axiológica” que influencia a própria interpretação do Direito.¹⁴

No caso em exame, os parágrafos sexto do art. 2º e o parágrafo sétimo do art. 5º da LC 173/2020 servem para afastar a possibilidade de o Judiciário atuar nos conflitos entre entes federativos, inclusive o STF, indicando ainda verdadeira hierarquização dos entes federativos, que não encontra amparo no art. 18 da CF.¹⁵ No caso dos conflitos envolvendo Estados e a União Federal, devemos recordar que a própria CF expressamente estabelece a competência do STF.¹⁶

Nessa linha, a hierarquização de vontade dos entes políticos não foi admitida pelo STF, conforme o precedente da ADI 3499, que reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Espírito Santo.¹⁷

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159, nota de rodapé 63.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização* no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 343.

¹⁵ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

¹⁶ Art. 102, I, “F”.

¹⁷ “(...) 3. O modelo federativo constitucionalmente adotado não autoriza a hierarquização das vontades dos entes políticos, nem permite transposição unilateral das atribuições constitucionais de um ente federado a outro, porquanto a autonomia insculpada no art. 18 da Constituição Federal é corolário da ideia de forma federativa de Estado; sem ela, existirá mera descentralização administrativa, sem a correspondente multiplicação de centros de poder que perlaça uma real federação.”

O afastamento dos conflitos federativos da tutela jurisdicional, indicada pela LC 173/2020, não contribui para o equilíbrio das relações federativas, especialmente se considerarmos que Estados e Municípios são os entes da federação mais debilitados financeiramente, por razões históricas.

As medidas de isolamento social destinadas ao controle da pandemia também afetaram sensivelmente a arrecadação dos entes subnacionais, que praticamente não dispõem mais de limites factíveis para o endividamento público, ao contrário da União Federal, que, com a aprovação da Emenda Constitucional 106/2020 (Orçamento de Guerra), obteve a flexibilização da regra de ouro do crédito público (art. 167, III, da CF). Diante de tal cenário, é no mínimo preocupante que o Poder Judiciário, especialmente o STF, possa ser afastado do cenário de competição das disputas federativas que poderão ocorrer como decorrência dos efeitos da pandemia. O reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos indicados da LC 173/2020 constitui, assim, a melhor forma de assegurar a higidez do federalismo fiscal brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O parágrafo sexto do art. 2º e do parágrafo sétimo do art. 5º da LC 173/2020 possuem por objetivo comum afastar do controle jurisdicional eventuais pretensões de Estados e Municípios em relação à União Federal.

Os dispositivos são inconstitucionais, pois violam o direito ao devido processo legal e à inafastabilidade do controle jurisdicional, admitidos no art. 5º da CF, que constituem direitos fundamentais que são assegurados não apenas às pessoas de direito privado, mas também tutelam os interesses dos entes federativos.

O afastamento do controle jurisdicional indicado pelos dispositivos também viola a garantia de que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, será o árbitro do sistema federativo, circunstância que fragiliza a própria cláusula pétrea da forma federativa de Estado, que deve influenciar toda a interpretação do direito infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Raquel de Andrade Vieira. *Federalismo fiscal brasileiro e as contribuições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- ARABI, Abimner Youssif Mota. *Federalismo brasileiro: perspectivas descentralizadoras*. Belo Horizonte: Forum, 2019.
- AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Parecer nº 01/2009. Sentido e alcance do parágrafo único do art. 160 da Constituição: parâmetros para a retenção de receitas estaduais pela União Federal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, nº 64, 2010.
- BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

(...)” (ADI 3499, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PUBLIC 05-12-2019)