



## O ART. 167, IV (NÃO-AFETAÇÃO), EM 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

### ART. 167, IV (NON-AFFECTION), IN 35 YEARS OF THE 1988 CONSTITUTION

Fernando Facury Scaff\*

#### Resumo

O texto analisa as alterações normativas no art. 167, IV, e sua interpretação pelo STF ao longo de 35 anos da Constituição Federal, apresentando ao final algumas diretrizes para sua análise, envolvendo federalismo, normas orçamentárias e a concretização de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** orçamento, afetação, vinculação, federalismo, direitos fundamentais.

#### Abstract

The text analyzes the normative changes in art. 167, IV, and its interpretation by the STF over 35 years of the Federal Constitution, finally presenting some guidelines for its analysis, involving federalism, budgetary norms and the realization of fundamental rights.

**Keywords:** public budget, budget allocation, public financial binding, federalism, fundamental rights.

#### INTRODUÇÃO

Uma das normas financeiras mais importantes da Constituição de 1988 é o art. 167, IV, que prevê o princípio da não-afetação, que consigna a Liberdade do Legislador Orçamentário, ao estabelecer que o legislador eleito (membros do Poder Legislativo e chefe do Poder Executivo) possa dispor de toda a massa de recursos arrecadados para fazer frente ao plano de governo e às políticas públicas durante seu mandato.

Exatamente por isso é que tais recursos *não são afetados a órgãos, fundos ou despesas específicas*, devendo a receita estar liberada

\* Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo, advogado sócio de Silveira, Athias, Soriano de Mello, Bentes, Lobato & Scaff – Advogados

para a execução dos planos de governo dos representantes eleitos. Há um sentido de *proteção financeira intertemporal* nessa norma, que comporta as exceções normativamente previstas.

O objeto deste texto são as alterações normativas no art. 167, IV, e sua interpretação pelo STF ao longo de 35 anos de sua vigência na Constituição de 1988, apresentando ao final algumas diretrizes para sua análise, envolvendo espaço (federalismo), tempo (orçamento) e prioridade (direitos fundamentais).

## 1. MUDANÇAS NORMATIVAS NO ART. 167, IV, ATÉ SEU TEXTO ATUAL

O *caput* do art. 167 encontra-se redigido sob a forma de *vedação* a diversos comportamentos que possam vir a ser adotados pelo Poder Público, listados ao longo de vários incisos, constando a *não-afetação* no inciso IV.

A *não-afetação* foi prevista na Constituição de 1967 (art. 65, §3º)<sup>56</sup>, e não foi alterada pela vasta Emenda Constitucional 1/69. A grande diferença *estrutural* entre os dois textos é que, na CF 67, a não-afetação abrangia a receita de todos os *tributos*, enquanto na Constituição de 1988 é previsto apenas para a receita dos *impostos*, o que gera substancial modificação financeira.<sup>57</sup>

Antes desse mais recente período autoritário<sup>58</sup>, as constituições brasileiras não continham norma semelhante, embora prescrevessem a *unidade orçamentária*, como se vê na democrática Constituição de 1946 (art. 73)<sup>59</sup>; na inaplicada Constituição de 1937 (art. 68)<sup>60</sup>; na breve Constituição de 1934 (art. 50)<sup>61</sup> e na primeira republicana, de 1891 (art. 34, §1º)<sup>62</sup>. A Constituição Imperial de 1824 (art. 172) estabeleceu o princípio da *especialização*<sup>63</sup>.

Poucos artigos constitucionais foram tantas vezes alterados durante a vigência da Constituição de 1988, sempre visando a ampliar as exceções (*ressalvas*) ao princípio da não-afetação, sem modificar diretamente seu comando normativo,

<sup>56</sup> CF 67: § 3º - Ressalvados os impostos únicos e as disposições desta Constituição e de leis complementares, nenhum tributo terá a sua arrecadação vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, instituir tributos cuja arrecadação constitua receita do orçamento de capital, vedada sua aplicação no custeio de despesas correntes.

<sup>57</sup> Uma das mais sensíveis modificações dessa modificação *estrutural* sugere alteração da interpretação do art. 4º, II, do CTN (Lei 5.172/66), que surgiu em decorrência da Emenda Constitucional n. 18 à Constituição de 1946, tendo sido instituída como lei ordinária, recebendo posteriormente a denominação de Código Tributário Nacional (o que ocorreu pelo art. 7º do Ato Complementar 36, de 13/03/67). Foi a jurisprudência do STF que lhe reconheceu o *status de norma geral de direito tributário*, suprimindo o requisito surgido 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 o art. 4º, II, do CTN, teve seu sentido restringido pelo art. 167, IV, da Constituição de 1988, restrito apenas aos impostos. Desta maneira, o art. 4º do CTN deve ser lido no sentido de 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, pois a liberdade de conformação do legislador para a construção do orçamento deixou livre apenas os impostos, e não os demais tributos, que permanecem vinculados à finalidade que gerou sua criação*. 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. Para esse aspecto, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Org.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1125-1146.

<sup>58</sup> Sobre a trajetória constitucional brasileiras e suas crises, ver ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O colapso das constituições do Brasil: uma reflexão pela democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 200 p.

<sup>59</sup> CF 1946: Art 73 - O orçamento será uno, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundos, e incluindo-se discriminadamente na despesa as dotações necessárias ao custeio de todos os serviços públicos

<sup>60</sup> CF 1937: Art 68 - O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos de fundos, incluídas na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos.

<sup>61</sup> CF 1934: Art 50 - O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos dos fundos e incluindo-se discriminadamente na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos

<sup>62</sup> CF 1891: Art. 34, § 1º As leis de orçamento não podem conter disposições estranhas a previsão da receita e a despesa fixada para os serviços anteriormente creados.

<sup>63</sup> Constituição Imperial de 1824: Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos às despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.

que permanece igual desde a redação original, assim grafado: “É vedada: a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”.

Na origem as exceções visavam a afastar a não-afetação ressalvando: “a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado pelo art. 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º.”

Com a Emenda Constitucional 3, de 1993, foi acrescido nas ressalvas o texto: “bem assim o disposto no §4.º deste artigo”. Esta EC também acresceu o §4º ao art. 167, a fim de permitir a vinculação da receita do ICMS e do ISS, bem como a dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, do Fundo de IPI-Exportação, e das transferências das quotas-parte de ICMS aos Municípios, para a prestação de garantia ou contragarantia de empréstimos à União, e a efetivação de pagamentos.

É igualmente fruto dessa EC 3/93 a modificação do parágrafo único do art. 160, que originalmente permitia à União condicionar a entrega de recursos desses Fundos ao pagamento de seus créditos. Com a alteração passou a ser permitido também aos Estados e às autarquias federais e estaduais, condicionarem a entrega desses recursos aos Municípios. Essa norma passou a ter essa redação em decorrência da enorme crise financeira interfederativa que grassava à época da implantação do Plano Real.<sup>64</sup> Esse parágrafo único do art. 160 teve nova alteração em 2021, através da Emenda Constitucional 109, correlacionado a outros fatores que não dizem respeito ao objeto ora analisado.

No ano 2000, fruto da Emenda Constitucional 29, foram ampliadas as exceções à não-afetação, inserindo a possibilidade

de virem a ser vinculados recursos de impostos para as ações e serviços públicos de saúde, previstos no art. 198, §2º. Isso consolidou uma garantia financeira para a efetivação de dois direitos fundamentais prestacionais, uma vez que, desde a redação originária, já constava fonte de financiamento perene para a manutenção e o desenvolvimento do ensino<sup>65</sup>.

Em 2003, por decorrência da Emenda Constitucional 42, foi novamente ampliado o rol de exceções à não-afetação para incluir a “realização de atividades da administração tributária”, as quais se encontram previstas no 37, XXII, que igualmente foi acrescido ao texto constitucional pela mesma Emenda, estabelecendo as administrações tributárias dos entes federados como “atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, (que) terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

Desse modo, fruto dessas diversas alterações constitucionais, a redação atual do art. 167, IV, é a seguinte:

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.

<sup>64</sup> Ver FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da Dívida Pública Federativa no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

<sup>65</sup> SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1, p. 22-53.

## 1.1 A vinculação para ensino e para ciência e tecnologia do art. 218, §5º, CF/88

Além das ressalvas do próprio texto do art. 167, IV, existem outras veiculadas no art. 218, §5º, que mantêm a redação originária da Constituição de 1988:

§5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

O art. 218, §5º, traz exceções à não-afetação do art. 167, IV, ao permitir que os entes federados intermediários (Estados e Distrito Federal) vinculem parcela de sua receita orçamentária para financiar *duas* diferentes atividades: a de *ensino* e a de *pesquisa* científica e tecnológica, desde que seja feito a entidades públicas de fomento.

A fonte financeira dessa vinculação não são apenas as receitas tributárias, mas as *receitas orçamentárias* que vierem a ser estabelecidas por lei do ente federativo em favor de instituições públicas que fomentem atividades de ensino e de pesquisa nas áreas científica e tecnológica. Não há especificação se tais instituições sejam fundações, autarquias ou outras – a única exigência é que sejam instituições públicas que fomentem estas atividades, isto é, que promovam, desenvolvam ou estimulem o ensino ou a pesquisa científica e tecnológica.

Destaca-se nessa norma o respeito ao princípio federativo constante do texto original da Constituição de 1988, pois permite que os Estados vinculem mais do que a receita de

impostos, estabelecendo como parâmetro sua receita orçamentária, de acordo com sua autonomia.

## 2 O ART. 167, IV, CF/88: VINCULAÇÃO, AFETAÇÃO, REFERIBILIDADE, PRIORIZAÇÃO, RATEIO FEDERATIVO E DESPESAS OBRIGATÓRIAS

A primeira parte do inciso IV do art. 167 consagra o princípio da liberdade do legislador orçamentário, conforme exposto.

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<sup>66</sup>. Ou seja, a regra geral é a não-afetação, também conhecida por não-vinculação.

Para sua perfeita compreensão, é necessário distinguir alguns conceitos.

*Vinculação* 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 de *impostos*, sendo admitida a vinculação das demais espécies de receita.<sup>67</sup>

É fato que nunca se viu a utilização desse mecanismo aplicado de maneira tão generalizada,<sup>68</sup> embora alguns dos conceitos utilizados para *afetar* essas *vinculações* sejam de tal

<sup>66</sup> TORRES, Heleno. *Teoria da Constituição Financeira*. SP: Ed. RT, 2014, pág. 75: “A Constituição Financeira visa garantir a certeza do direito e a estabilidade sistêmica ao longo de toda aplicabilidade das competências do direito financeiro, segundo princípios e valores uniformes, nos limites dos direitos e liberdades fundamentais, com a máxima efetividade das Constituições Econômica, Político-Federativa e Social”

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2010, p. 366: “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, minguando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir.”

<sup>68</sup> GIACOMONI, James. *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 354.

maneira abertos e vagos<sup>69</sup>, que possibilitam uma gama de opções para escolhas públicas difíceis<sup>70</sup>.

Outro conceito correlato, mas não idêntico, é o de afetação, que diz respeito às *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. *Afetar* é estabelecer uma finalidade, *vincular* é criar um elo financeiro que une receitas àquela finalidade.

Na prática, os dois conceitos se entrelaçam, embora tenham conotações distintas. Por exemplo, na Constituição brasileira há *vinculação* (liame) de 18% da receita de impostos federais *afetados* (finalidade) à manutenção e desenvolvimento do ensino, por força do art. 212.

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 através da vinculação financeira de uma receita a uma despesa, órgão ou fundo, obedecidas as restrições normativas.*

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 (um liame financeiro) entre receita e despesa. 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 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 através de contribuições, já traz uma necessária *referência* quanto à sua aplicabilidade no tipo de gasto que gerou a imposição através da 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.

Outro conceito é o de *priorização* de certas atividades, que se identifica quando a norma se destaca uma atividade que deve ser tratada de maneira favoravelmente diferenciada por parte dos Poderes Públicos, o que pode ou não se referir diretamente à matéria financeira. Trata-se de uma espécie de *recomendação* normativa, que corresponde a um destaque que aquela atividade deve receber.

Deve-se distinguir os conceitos de *afetação* e de *vinculação*, de outro, que diz respeito à *distribuição do produto da arrecadação*, que é pertinente ao sistema de repartição da receita, de federalismo fiscal, de rateio de valores entre entes federados.

A *distribuição do produto da arrecadação* obedece a um critério espacial, geográfico. No rateio federativo (distribuição do produto arrecadado) não há uma finalidade diretamente estabelecida, mas a expressão do *federalismo cooperativo* da Constituição de 1988 para financiamento dos entes subnacionais, parte do qual contém *vinculações* à saúde e ao ensino.<sup>71</sup>

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

<sup>69</sup> COSTA, Franselmo Araújo e TOLINI, Hélio Martins. *Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática*, In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (Coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 953. Registram ou autores que há "grande flexibilidade alocativa 'por dentro' dessas vinculações, que permite a escolha de distintos programas ou ações como beneficiárias desses recursos".

<sup>70</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

<sup>71</sup> Regis Fernandes de Oliveira distingue o sistema de *fundos de participação*, pelos quais se distribui o *produto da arrecadação* de forma interfederativa, do sistema de *fundos de destinação* que cria *vinculação* da receita *afetando-a* a um fundo. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro* cit., São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2010, p. 312 e ss.

despesa obrigatória resulta da legislação que cria benefícios independentemente da existência de fonte de recursos para atendê-la".<sup>72</sup>

Nas *despesas obrigatórias* não existe uma vinculação direta à fonte de recursos. São despesas dessa natureza os gastos com pessoal, os encargos da dívida pública e os gastos com aposentadorias e pensões<sup>73</sup>, dentre outras, e que verdadeiramente engessam o orçamento<sup>74</sup>, fazendo com que a discussão sobre sua natureza obrigatória ou vinculada tenha ficado apenas nas franjas das disponibilidades econômicas remanescentes.<sup>75</sup>

Dessa forma, são seis os conceitos envolvidos e correlatos:

1. *Vinculação*, que permite a criação do *liame* normativo entre receita e despesa;
2. *Afetação*, que estabelece a *finalidade* da despesa/destinação dos recursos, sem que exista um *liame* normativo;
3. *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*;
4. *Priorização* de certas atividades;
5. *Rateio federativo* de parcela do que é arrecadado pela União; e o

6. *Gasto obrigatório*, que obriga a realização de uma despesa sem que necessariamente existam recursos a ela diretamente *vinculados* por um elo normativo.

Feitas estas considerações, passa-se à análise das *ressalvas* ao princípio da não-afetação na CF/88, que, como será visto, *trata de quatro das espécies acima referidas: rateio federativo, vinculação, priorização e afetação*.

### 3 EXEGESE DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 167, IV, CF/88

O mesmo inciso que consagra em sua parte inicial o princípio da liberdade do legislador orçamentário, instituindo a não-afetação de impostos à despesa, fundo, órgão ou função, estabelece diversas *ressalvas* excepcionando seu comando geral. Tais *ressalvas* demonstram que a *Liberdade do Legislador Orçamentário* não é completa. Para facilitar a explanação é adequado dividir a norma em diferentes partes, assim:

- 1) É *vedada* a *vinculação* de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa;
- 2) *Ressalvadas*:
  - a. O *rateio federativo* (repartição do produto da arrecadação) dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159;

<sup>72</sup> GIACOMONI, James, *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária*, In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.). *Orçamentos públicos e direito financeiro* cit., p. 354.

<sup>73</sup> 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, § 3.º, II. Trata-se de algumas das *cláusulas pétreas* orçamentárias, conceito desenvolvido na obra: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual* – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

<sup>74</sup> ROCHA, Francisco Sergio. *Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário*, In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 742: "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"

<sup>75</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Orçamento impositivo*, in: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 327: "O antigo debate sobre o caráter autorizativo ou impositivo do orçamento não tem mais sentido, diante da pletora 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".

- b. A vinculação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, (como determinado) pelo art. 198, §2º; e para manutenção e desenvolvimento do ensino (como determinado) pelo art. 212; além do que estabelece o art. 218, §5º, o qual permite que Estados e o Distrito Federal *vinculem* parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica;
- c. A priorização de recursos para realização de atividades da administração tributária, como determinado, pelo art. 37, XXII;
- d. A afetação para 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.

A primeira exceção, a rigor, refere-se às transferências intergovernamentais, entregues pela União aos Estados e aos Municípios, através dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM). Como referido, não se trata de uma vinculação, mas da transferência de recursos ínsita ao modelo federativo brasileiro, a qual se torna receita própria desses entes federados e comporão a Liberdade do Legislador Orçamentário estadual e municipal.

A segunda exceção é uma vinculação de recursos para o financiamento da saúde e do ensino, conforme determinado pelo art. 198, §2º e pelo art. 212, CF, bem como a que trata da vinculação de recursos orçamentários de Estados e do Distrito Federal para instituições públicas que fomentem o ensino ou a pesquisa científica e tecnológica (art. 218, §5º).

Uma terceira ressalva é a recomendação de prioridade para a “realização de atividades da administração tributária, como

determinado”, pelo art. 37, XXII, CF. Neste caso, não há vinculação por carência de liame financeiro entre receita e despesa específicas, havendo apenas uma recomendação de priorização dessas atividades em face das demais, não havendo uma fonte específica de recursos para financiar estas atividades de administração tributária. Não há liame prévio entre receita e despesa, e sequer afetação de recursos.

A quarta ressalva diz respeito à afetação para a prestação de garantias, isto é, permite que sejam prestadas nas operações de crédito que forem realizadas através de antecipação de receita orçamentária, pois estas se caracterizam como operação financeira de *hot money*, cujo valor que se obtém para pagamento em curto prazo, o que é característico das operações de ARO – Antecipação de Receita Orçamentária, rigidamente reguladas pelo art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou as que se refiram a operações de crédito interfederativo, reguladas também pelos arts. 167, IV e §4º, e art. 160, CF.

## 4 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 167, IV, PELO STF

### 4.1 NÃO-AFETAÇÃO APENAS PARA IMPOSTOS

Confirmando que o art. 167, IV, da atual Constituição apenas se refere à não-afetação de impostos, o STF já decidiu pela constitucionalidade da afetação de taxas, como se vê na ADI 3.643, Ministro Ayres Britto<sup>76</sup>, julgamento realizado em 2006. E nas ADIs 2.556 e 2.568, foi considerada constitucional a contribuição social instituída pela LC 110/01, Ministro Joaquim Barbosa<sup>77</sup>, julgado em 2012. Foi decidido ser absolutamente

<sup>76</sup> ADI 3.643, Ministro Ayres Brito: “É constitucional a destinação do produto da arrecadação da taxa de polícia sobre as atividades notariais e de registro, ora para tonificar a musculatura econômica desse ou daquele órgão do Poder Judiciário, ora para aportar recursos financeiros para a jurisdição em si mesma. O inciso IV do art. 167 da Constituição passa ao largo do instituto da taxa, recaindo, isto sim, sobre qualquer modalidade de imposto”.

<sup>77</sup> ADI 2.556 e ADI 2.568, excerto do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, em ambas: “As restrições previstas nos arts. 157, II e 167, IV da Constituição são aplicáveis aos impostos, e, no caso em exame, trata-se da espécie tributária contribuição, nitidamente caracterizada pela prévia escolha da destinação específica do produto arrecadado.”



irrelevante para a declaração de sua inconstitucionalidade, se a vinculação ocorre antes ou depois da arrecadação dos impostos, conforme a ADI 1.750, julgada em 2006, relatada pelo Ministro Eros Grau acerca de uma lei distrital sobre IPVA.<sup>78</sup>

Nas ADIs 2.059 e 2.129, julgadas em 2006, e no RE 570.513 AgR, julgado em 2008, todos relatados pelo Ministro Eros Grau<sup>79</sup>, foi permitido destinar *emolumentos* a fundos.

Mesmo sem caracterizar um imposto específico, já foi declarada inconstitucional pela ADI 1.759, relativamente ao Estado de Santa Catarina, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, a vinculação de “*parte da receita do Estado*”, mesmo que através de Emenda Constitucional estadual, destinada a programas de desenvolvimento do setor primário da economia.<sup>80</sup> Também na ADI 2.123, julgada em 2001 e relatada pelo Ministro Marco Aurélio, foi declarada inconstitucional a vinculação dos valores de Imposto de Renda Retido na Fonte dos servidores do Poder Judiciário estadual, destinados ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

A vinculação para a concessão de incentivos tarifários foi considerada inconstitucional pelo menos duas vezes. Na ADI 2848, julgada em 2003, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão<sup>81</sup>, foi declarada inconstitucional norma do Estado do Rio Grande

do Norte que buscava reduzir o custo fiscal da energia elétrica para consumidores de baixa renda por meio do ICMS. Pela ADI 4.511, relatada pelo Ministro Edson Fachin<sup>82</sup> e julgada em 2016, foi declarado inconstitucional *incentivo tarifário*, igualmente ancorado no ICMS, para grandes consumidores industriais de água, envolvendo norma do Distrito Federal.

## 4.2 VINCULAÇÃO AO ENSINO, UNIVERSIDADES, CIÊNCIA E TECNOLOGIA

O STF efetuou interpretação *restritiva* no que se refere à não-afetação de recursos ao ensino em um caso envolvendo a UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a FAPERJ – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, dissociando a expressa menção efetuada ao ensino no art. 218, §5º.

Isso ocorreu na ADI 780, relatada de forma cautelar pelo Ministro Carlos Mário Velloso<sup>83</sup>, julgada em 1993, na qual se discutia duas diferentes vinculações: para a FAPERJ e para a UERJ. O percentual atribuído à FAPERJ foi presumido constitucional, amparado no art. 218, §5º, porém o referente à UERJ foi declarado inconstitucional, por violar o art. 167, IV. Em 2008, o Ministro Celso de Mello, em substituição ao

<sup>78</sup> ADI 1.750, Ministro Eros Grau: “irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos”. No mesmo sentido: ADI nº 3.576/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 2007.

<sup>79</sup> RE 570.513-AgR, Ministro Eros Grau: “1. Preceito de lei estadual que destina 5% [cinco por cento] dos emolumentos cobrados pelas serventias extrajudiciais e não oficializadas ao Fundo Estadual de Reparelhamento e Modernização do Poder Judiciário - FUNDESP não ofende o disposto no art. 167, IV, da Constituição do Brasil Precedentes.”

<sup>80</sup> ADI 1.759, Ministro Gilmar Mendes: “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.”

<sup>81</sup> ADI 2.848, Ministro Ilmar Galvão: “A lei potiguar impugnada, ao instituir programa de fornecimento gratuito de energia elétrica financiado com parcela da arrecadação do ICMS, produziu vinculação da receita de imposto, vedada pelo mencionado dispositivo constitucional”.

<sup>82</sup> ADI 4.511, Ministro Edson Fachin: “1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a presente situação normativa representa burla direta à vedação de vincular a arrecadação de impostos a finalidades específicas e não previstas em nível constitucional, nos termos do art. 167, IV, da Constituição da República. Precedentes: ADI 2529, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007; ADI 1750, Rel. Min. Eros Grau, DJ 13.10.2006; ADI 2848 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 02.05.2003; e ADI 1848, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.10.2002.”

<sup>83</sup> ADI 780, Ministro Carlos Mário Velloso: “Indeferimento da cautelar no que concerne ao art. 329, que estabelece que o Estado manterá Fundação de Amparo à Pesquisa, atribuindo-lhe dotação mínima correspondente a 2% da receita tributária, para aplicação no desenvolvimento científico e tecnológico. É que, no ponto, a Constituição Federal faculta aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e a pesquisa Científica e tecnológica. C.F., art. 212, § 5º. Precedentes do STF: ADIns nº 550-2-MT, 336-SE e 422.”



Ministro Carlos Mário, julgou prejudicada a ADI 780 em razão do advento da Emenda Constitucional 4 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Em 2008 foi proposta nova ADI pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, atacando os mesmos dispositivos. Por decisão monocrática, em face de estar no exercício da Presidência da Corte, o Ministro Gilmar Mendes deferiu liminar na ADI 4.102 para suspender a vinculação à UERJ, mantendo a da FAPERJ, nos exatos termos em que havia sido deferido cautelarmente na ADI 780. A liminar foi submetida a referência pela relatora, Ministra Cármen Lúcia, tendo sido confirmada à unanimidade. A decisão de mérito, julgada em 2014, manteve o que havia sido decidido anteriormente quanto à presunção de constitucionalidade da vinculação para a FAPERJ, ancorada no art. 218, §5º, e de ser inconstitucional a vinculação para a UERJ, por violar o art. 167, IV.

Observa-se nesse julgamento uma clara *dependência de trajetória* (*path dependence*) na jurisprudência do STF sobre o tema, pois o que havia sido discutido na Medida Cautelar da ADI 780, foi mantido na decisão monocrática, no referendo e na decisão de mérito na ADI 4.120. O ponto central é que não foi feita nenhuma correlação sequer, em nenhum desses julgamentos, ao fato de que a UERJ é uma “entidade pública de fomento ao ensino...”, a teor do que expressamente consta no art. 218, §5º, que amparou a vinculação à FAPERJ, na frase seguinte do mesmo artigo: “...e à pesquisa científica e tecnológica”. O debate sequer foi cogitado, até mesmo para eventualmente ser afastado — é como se a palavra “ensino” não constasse da referida norma.

É curioso observar que, nesse meio tempo, em 2009, havia sido proferida decisão reconhecendo a constitucionalidade da vinculação ao ensino, embora não tenha sido cogitado no debate o art. 218, §5º. Por meio da ADI 2.447, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa<sup>84</sup>, não foi reconhecida violação ao art. 167, IV, de 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. Tais percentagens estavam inseridas no percentual de 25% que a Constituição Federal obriga os Estados a vincularem aos gastos com ensino, consoante o art. 212.

Ocorre que, mesmo tendo sido declarada constitucional a vinculação para as Universidades estaduais de Minas Gerais em 2009, passou a ser dominante o caso UERJ, julgado no mérito em 2014 (ADI 4.120, com o precedente da ADI 780, este de 1993), sendo a interpretação das duas vinculações ao ensino analisadas de forma isolada, e não sistemática.

A *dependência de trajetória* (*path dependence*) sobre esse tema pode ser constatada na ADI 6.275, pela qual se discutia Emenda Constitucional do Estado de Mato Grosso que havia vinculado até 2% de sua receita corrente líquida para a UNEMAT — Universidade do Estado de Mato Grosso, bem como ampliado para 35% o montante a ser destinado pelo Estado ao ensino. O despacho liminar foi concedido pelo Ministro Alexandre de Moraes em dezembro de 2019, e julgado o mérito em 2020. Dentre os diversos acórdãos mencionados para demonstrar a inconstitucionalidade, alguns discutiam vinculação para saúde (ADI 6059 e ADI 5897), outros a subvinculação para obras na área de ensino (ADI 820), vinculação de precatórios (ADI 584), vício de iniciativa legislativa sobre a matéria (ADI 2.247, na qual a vinculação para o ensino foi mantida), fundo de combate às desigualdades regionais (ADI 3.576), até se chegar ao precedente da UERJ (ADI 4.102). Todos esses casos convergem para a análise do art. 167, IV, não tendo sido sequer referida a vinculação para o ensino prevista no art. 218, §5º. Na ADI 6.275 o STF declarou inconstitucional as vinculações, vencido o Ministro Edson Fachin, que não identificou impedimento constitucional na ampliação do financiamento do direito ao ensino, e o Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>84</sup> ADI 2.447, Ministro Joaquim Barbosa: “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)”.

Fruto desse entendimento, constata-se que nos julgamentos no STF há prevalência da presunção de constitucionalidade quando se analisa a vinculação à ciência e tecnologia, de acordo com o permissivo do art. 218, §5º, CF.

Tudo indica, à míngua de outras referências, que o *leading case* adveio da ADI-MC 336, relatada pelo Ministro Célio Borja, com referência ao Estado de Sergipe. Registra-se em seu voto a *correlação*<sup>85</sup> entre o art. 167, IV e o art. 218, §5º para indeferir a liminar pleiteada que buscava declaração de inconstitucionalidade da vinculação para o financiamento de ciência e tecnologia. Esta *correlação* não foi levada em consideração nos julgamentos subsequentes sobre *ensino*, como exposto.

Outras decisões advieram favoravelmente à vinculação para ciência e tecnologia, como a ocorrida em 1993, através da ADI 780, relatada pelo Ministro Carlos Mário Velloso como Medida Cautelar, já comentada, acerca de Fundo criado pelo Estado do Rio de Janeiro em prol da FAPERJ. O mesmo sentido foi adotado em 2002, pela ADI 550, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, acerca do Estado de Mato Grosso. Em 2010, a ADI 336 foi relatada pelo Ministro Eros Grau, relativamente ao Estado de Sergipe, confirmando o que havia decidido o Ministro Célio Borja na Medida Cautelar<sup>86</sup>. Em

2019 foi apreciada demanda semelhante quanto ao Espírito Santo, pela ADI 422, relatada pelo Ministro Luiz Fux<sup>87</sup>.

Registra-se que pelo ARE 1.326.785, relatado pelo Ministro Edson Fachin em 2023, foi declarada inconstitucional vinculação indireta para tecnologia criada pelo Município de Goiânia com recursos do ISS<sup>88</sup>. Na decisão foi observada violação ao art. 167, IV, restando silente quanto ao art. 218, §5º, que poderia ter sido utilizado até mesmo para o afastar, pois se refere ao âmbito estadual, e o caso em apreço era municipal.

Assunto assemelhado e correlato às vinculações é o das *desvinculações*. Em 2020 foi julgado inconstitucional Decreto fluminense que buscava desvincular recursos do Fundo gerido pela FAPERJ, através do Ag.Reg. no RE 1.244.992, que teve por relator o Ministro Alexandre de Moraes<sup>89</sup>. Foi preservada a fonte de recursos vinculada, sem a possibilidade de aplicação de desvinculação naquela ocasião.

Situação peculiar ocorreu no julgamento da ADI 820, em 2008, relatada pelo Ministro Eros Grau. O art. 202 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul previa patamar de 35% da receita de impostos e transferências (superior ao mínimo de 25% estabelecido pela Constituição Federal)

<sup>85</sup> ADI-MC 336, Ministro Célio Borja: “Não vejo, *data venia*, em que a determinação para que seja criado ‘um fundo estadual de apoio à ciência e pesquisa tecnológica’ (expressão criticada no §1º, art. 235, supra) possa violar o disposto no art. 167, IV da Constituição Federal, que veda ‘a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa’. Quanto à determinação constante do citado art. 235, §2º (destinação, para tal fim, de uma parcela da receita anual ‘nunca inferior a meio por cento da arrecadação tributária do Estado, dela deduzidas as transferências feitas ao Município’), penso que, à vista do disposto no §5º do art. 218 da Constituição Federal não é de suspender-se a eficácia do §2º do art. 235 da Constituição do Estado de Sergipe.”

<sup>86</sup> ADI 336, Ministro Eros Grau: “3. Ação direta julgada improcedente em relação: ii) ao disposto no artigo 235, §§ 1º e 2º, que versa sobre a criação de fundo estadual de apoio à ciência e pesquisa tecnológica, bem como sobre o limite da receita anual a ser destinado a esse fim. (...). O § 5º do artigo 218 da CB/88 permite a destinação de receita orçamentária a entidades públicas de fomento à pesquisa científica e tecnológica.”

<sup>87</sup> ADI 422, Ministro Luiz Fux: “3. O artigo 218, §5º, da Constituição Federal faculta aos Estados membros e ao Distrito Federal a vinculação de parcela de suas receitas orçamentárias a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Precedentes: ADI 550, rel. min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ de 18/10/2002; e ADI 336, rel. min. Eros Grau, Plenário, DJ de 17/9/2010; e ADI 3.576, rel. min. Ellen Gracie, Plenário, DJ de 2/2/2007. 4. O artigo 197, §2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo determina a destinação anual de percentual da receita orçamentária estadual ao fomento de projetos de desenvolvimento científico e tecnológico, hipótese que encontra fundamento no artigo 218, §5º, da Constituição Federal.”

<sup>88</sup> ARE 1.326.785, Ministro Edson Fachin: 1. No caso em questão, a previsão de renúncia ou benefício fiscal condicionado a gastos pelo contribuinte a fim específico configura, de forma indireta, vinculação de valores devidos a título de imposto, ainda que essa destinação ocorra antes da arrecadação do tributo. 2. Situação normativa que representa burla direta à vedação de vincular a arrecadação de impostos a finalidades específicas e não previstas em nível constitucional, nos termos do art. 167, IV, da Constituição Federal. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento.”

<sup>89</sup> Ag. Reg. no RE 1.244.992, Relator Ministro Alexandre de Moraes: “3. Em contrapartida, o art. 218, § 5º, da Constituição da República permite a destinação de receita orçamentária a entidades públicas de fomento à pesquisa científica e tecnológica. 4. Portanto, o Decreto 45.874/2016, ao desvincular 30% da receita orçamentária destinada à Fundação de Amparo à Pesquisa - FAPERJ, violou o art. 332 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como os arts. 2º (separação de poderes) e art. 165, III (limites da atuação do Poder Executivo no processo legislativo orçamentário), ambos da Constituição Federal.”

na manutenção e desenvolvimento do ensino. Porém seu §2º previa uma *subvinculação* estabelecendo que pelo menos 10% “serão aplicados na manutenção e conservação das escolas públicas estaduais, através de transferências trimestrais de verbas às unidades escolares, ...”. No caso, foi declarada inconstitucional essa *subvinculação* prevista no §2º do art. 202 da Constituição gaúcha, por infringência ao art. 167, IV, CF.<sup>90</sup>

### 4.3. VINCULAÇÃO À SAÚDE

Sobre esse tema o problema central identificado diz respeito à *ampliação* da vinculação da receita para o setor de saúde, além dos parâmetros estabelecidos na Constituição Federal.

Verifica-se tal posição na ADI 1.848, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão<sup>91</sup> em 2002, referente à norma do Estado de Rondônia que determinava o percentual de 10% da receita de impostos para o Sistema Estadual de Saúde, vinculando os Municípios. Foi entendido que tal determinação violava o que estabelecia o art. 167, IV.

Em 2019 foram julgadas a ADI 5.897, relatada pelo Ministro Luiz Fux, acerca de norma do Estado de Santa Catarina<sup>92</sup> e a ADI 6.059, relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes, envolvendo norma do Estado de Roraima<sup>93</sup>, ambas declarando inconstitucionais a vinculação a ações de saúde em

percentual *superior* ao indicado pelo art. 167, IV, e art. 198, CF, em linha com a Lei Complementar 141, de 2012.

Tais decisões merecem críticas ao interpretar como *teto* o percentual *mínimo* criado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar 141/12, pois se referem ao direito fundamental à saúde, que necessariamente deve ser interpretado de forma *ampliativa*, em conjunto com o respeito à *autonomia federativa* de Estados e Municípios. Trata-se de percentagem *mínima*, e não máxima.

Idêntico raciocínio deve ser usado para o direito fundamental ao ensino, que pode vincular até mesmo parcelas da receita *orçamentária*, a teor do art. 218, §5º, conceito distinto de receita de *impostos*.

### 4.4. NÃO-VINCULAÇÃO A FUNDOS

O STF já decidiu que a afetação de impostos a fundos específicos é inconstitucional, excetuados os referentes à ciência e tecnologia, conforme exposto.

Colacionam-se, dentre outros, casos relatados pelo Ministro Eros Grau, ADI 1.750, em 2006, relativamente ao financiamento de esportes no Distrito Federal<sup>94</sup>; ADI 3.576, Ministra Ellen Gracie, julgada em 2006, sobre norma do Estado do Rio

<sup>90</sup> ADI 820, Ministro Eros Grau: “Manutenção e desenvolvimento do ensino público. Aplicação mínima de 35% da receita resultante de impostos. Destinação de 10% desses recursos à manutenção e conservação das escolas públicas Estaduais. (...) A determinação de aplicação de parte dos recursos destinados à educação na ‘manutenção e conservação das escolas públicas estaduais’ vinculou a receita de impostos a uma despesa específica – afronta ao disposto no art. 167, IV, da CF/1988”.

<sup>91</sup> ADI 1.848, Ministro Ilmar Galvão: “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.”

<sup>92</sup> ADI 5.897, Ministro Alexandre de Moraes: “5. O artigo 167, IV, da Constituição Federal veda o estabelecimento de vinculação de receitas proveniente de impostos, quando não previstas ou autorizadas na Constituição Federal, porquanto cerceia o poder de gestão financeira do chefe do Poder Executivo e obsta o custeio das despesas urgentes, imprevistas ou extraordinárias, que se façam necessárias ao longo do exercício financeiro, tanto mais que deve dar-se aplicação aos recursos de receita pública consoante critérios de responsabilidade fiscal consentâneos com os anseios democráticos. Precedentes: ADI 1.759, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 20/8/2010; ADI 1.750, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJ de 13/10/2006.”

<sup>93</sup> ADI 6.059, Ministro Alexandre de Moraes: “2. As vinculações previstas no art. 198, §2º, da CF não poderiam ser disciplinadas pelas Constituições Estaduais ou pelas Leis Orgânicas, sob pena de indesejado engessamento do processo legislativo para aprovação de tais normas, em prejuízo da reavaliação dos índices a cada quinquênio, conforme determina expressamente o art. 198, § 3º, da CF.”

<sup>94</sup> ADI 1.750, Ministro Eros Grau (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 CF/1988. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.”

Grande do Sul que criou o Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais naquele Estado<sup>95</sup>; Ministro Gilmar Mendes, ADI 2.529, julgado em 2007, referente ao financiamento da cultura no Estado do Paraná<sup>96</sup>; Ag. Reg. no RE com Ag. 665.291, Ministro Roberto Barroso, relativo à norma do Município de Tupandi, no Estado do Rio Grande do Sul, que vinculava quota-parte de ICMS para aplicação em saúde, declarada inconstitucional em 2016<sup>97</sup>; ADI 553, Ministra Cármen Lúcia, julgada em 2018, acerca do Fundo para o Desenvolvimento de Pequenas e Médias Empresas do Estado do Rio de Janeiro<sup>98</sup>; ADI 3.550, Ministro Dias Toffoli, julgada em 2019, que previa a concessão de créditos tributários de ICMS como contrapartida ao Fundo de Aplicações Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro<sup>99</sup>.

Discrepa desse rol a ADI 7363-MC, de 2023, relativamente a um Fundo do Estado de Goiás (FUNDEINFRA). O Ministro Dias Toffoli havia concedido a liminar sustentando a vinculação da arrecadação determinada pela lei goiana, tomando por base a infringência ao art. 167, IV. Ao submeter sua decisão ao referendo do Plenário, o Ministro Edson Fa-

chin liderou a divergência sob o argumento da falta de *fumus boni juris*<sup>100</sup>, posição que se tornou majoritária, vencidos os Ministros Dias Toffoli (relator original), Roberto Barroso e André Mendonça. A peculiaridade distintiva no presente caso, que o faz ser divergente dos anteriores, diz respeito ao fato de que este fundo implica majoração da carga tributária, enquanto nos demais houve sua redução. Naqueles houve declaração de inconstitucionalidade, e no FUNDEINFRA foi negada a tutela liminar por ausência de *fumus boni juris*.

O paralelo utilizado pelo Ministro Edson Fachin foi o FUNDERSUL, ADI 2.056, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>101</sup> em 2007, na qual lei do Estado de Mato Grosso do Sul havia conservado sua presunção de constitucionalidade ao instituir *diferimento condicionado* de ICMS, mediante o pagamento de certa contribuição que não foi considerada como *tributo*, assim, afastada do âmbito de incidência do art. 167, IV.

Constata-se que nem sempre o STF perquire a espécie tributária para estabelecer a inconstitucionalidade do vínculo. Em 2007 foi declarada inconstitucional lei do Estado de Santa

<sup>95</sup> ADI 3.576, Ministra Ellen Gracie: “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.”

<sup>96</sup> ADI 2.529, Ministro Gilmar Mendes: “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.”

<sup>97</sup> Ag. Reg. no RE com Ag. 665.291, Ministro Roberto Barroso: “1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a destinação de receitas de impostos a fundos ou despesas, ante o princípio da não afetação aplicado às receitas provenientes de impostos. 2. Pretensão de, por vias indiretas, utilizar-se dos recursos originados do repasse do ICMS para viabilizar a concessão de incentivos a empresas.”

<sup>98</sup> ADI 553, Ministra Cármen Lúcia: “O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República”.

<sup>99</sup> ADI 3.550, Ministro Dias Toffoli: “3. Declara-se a inconstitucionalidade do art. 12 da Lei nº 4.546/2005 do Estado do Rio de Janeiro, que concede créditos presumidos de ICMS aos contribuintes que destinarem recursos para o denominado Fundo de Aplicações Econômicas e Sociais do Estado do Rio de Janeiro (FAES), criado pela mesma lei, em igual proporção às contribuições realizadas, mecanismo que consiste em indevida vinculação de receita de impostos a fundo, ao arripio do art. 167, IV, da Constituição.”

<sup>100</sup> ADI 7363-MC, Ministro Edson Fachin: “1. Alegada violação à vedação constitucional à vinculação de receita de impostos a fundo (artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal), parâmetro de controle de constitucionalidade insuficiente em sede de juízo cautelar. 2. Ausência de *fumus boni iuris*. Em sede de juízo cautelar não há elementos suficientes para definição da natureza jurídica da exação do FUNDEINFRA, quanto ao menos de eventual espécie tributária e seus consectários jurídicos. 3. Existência de *periculum in mora inverso* diante do cenário atual do federalismo fiscal brasileiro na pauta deste Eg. Supremo Tribunal Federal. 4. Manifestação pelo não referendo da medida cautelar”.

<sup>101</sup> ADI 2.056, Ministro Gilmar Mendes: “A contribuição criada pela lei estadual não possui natureza tributária, pois está despida do elemento essencial da compulsoriedade. Assim, não se submete aos limites constitucionais ao poder de tributar”.

Catarina, RE 218.874, Ministro Eros Grau<sup>102</sup>, pela qual eram vinculados *superávits arrecadatários do ICMS* para reajuste de vencimentos de servidores públicos, despregando a vinculação dos conceitos formais de Direito Tributário. Situação semelhante ocorreu no julgamento da ADI 6.045, Ministro Marco Aurélio<sup>103</sup>, em 2020, referente ao Estado de Roraima, tendo sido declarada inconstitucional norma que buscava vincular ao Poder Judiciário estadual *saldos orçamentários positivos*. O mesmo se verificou na ADI 1.759, relativa ao Estado de Santa Catarina, Ministro Gilmar Mendes, na qual se declarou inconstitucional a vinculação de “parte da receita do Estado”, mesmo que através de Emenda Constitucional estadual, destinada a programas de desenvolvimento do setor primário da economia.

Em todos esses casos o STF considerou inconstitucional a norma estadual por violação ao art. 167, IV, CF, embora a vinculação não fosse diretamente referida à arrecadação dos impostos, mas ao *superávit arrecadatório* ou a *saldos orçamentários positivos*, que pode ocorrer sobre diversas formas, através de receitas tributárias de taxas ou de receitas patrimoniais. Os julgamentos na ADI 6.045, no RE 218.874 e na ADI 1.759 contrastam com a posição majoritária do STF no julgamento da ADI 7363-MC (FUNDEINFRA), pela qual se busca a natureza tributária da exação para determinar o liame vinculativo da receita a um Fundo.

## 4.5. VÍNCULOS OBRIGATÓRIOS DETERMINADOS PELOS ESTADOS AOS MUNICÍPIOS

Caso interessante do ponto de vista federativo fiscal pode ser visto na tentativa de Estados vincularem receitas dos Municípios.

Na ADI 1689, foi declarada inconstitucional norma do Estado de Pernambuco que vinculava recursos dos Municípios para financiar ações em prol das crianças e adolescentes, relatada pelo Ministro Sydney Sanches<sup>104</sup> e julgada em 2003.

Na ADI 2.355-MC, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada em 2002, o Estado do Paraná determinava que os Municípios aplicassem em áreas indígenas 50% do ICMS a eles transferido por determinação constitucional, o que foi declarado inconstitucional na Medida Cautelar<sup>105</sup> e confirmado em 2022 na decisão de mérito, relatada pelo Ministro Nunes Marques<sup>106</sup>.

Em 2011, pela ADI-MC 4.597, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, foi decidido que norma do Estado do Ceará, que vinculava recursos estaduais para o Fundo Estadual de Atenção Securitária à Saúde era inconstitucional, pois não ressalvava a parcela que deveria ser destinada aos Municípios, o que infringia a autonomia municipal<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> RE 218.874, 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”.

<sup>103</sup> ADI 6.045, Ministro Marco Aurélio: “Conflita com a Constituição Federal norma a direcionar, a fundo voltado ao pagamento de despesas do Judiciário, em caráter automático e compulsório, saldo orçamentário positivo, considerada a vedação à ‘vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa’ – artigos 2º e 167, inciso IV, da Lei Maior.”

<sup>104</sup> ADI 1.689, Ministro Sydney Sanches: “Por outro lado, interferindo no orçamento dos Municípios, não deixa de lhes afetar a autonomia (art. 18 da CF), inclusive no que concerne à aplicação de suas rendas (art. 30, III) sendo certo, ademais, que os artigos 25 da parte permanente e 11 do ADCT exigem que os Estados se organizem, com observância de seus princípios, inclusive os relativos à autonomia orçamentária dos Municípios”.

<sup>105</sup> ADI-MC 2.355, Ministro Celso de Mello: “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.”

<sup>106</sup> ADI 2.355, Ministro Nunes Marques: 1. A parcela devida aos Municípios em razão da repartição constitucional de receitas lhes pertence de pleno direito. 2. Viola a autonomia municipal norma estadual que dispõe sobre a destinação dos recursos recebidos pelos Municípios a título de repartição constitucional de ICMS.”

<sup>107</sup> ADI-MC 4.597, Ministro Marco Aurélio: “Surge a plausibilidade do pedido e o risco, uma vez versada, na norma atacada, vinculação imprópria, porque estranha à Constituição Federal, e a assunção, pelo Estado, da administração de valores que devem ser repassados, integralmente, aos municípios.”

Estas decisões são coerentes com o princípio federativo, pois os Estados não podem intervir na autonomia dos Municípios, conforme decidido no RE 572.762<sup>108</sup>, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e julgado em 2008, em caso do Município de Timbó contra o Estado de Santa Catarina, no qual foi vedada a concessão de incentivos fiscais de ICMS que incluíam a parcela que deveria ser transferida aos Municípios, o que ficou conhecido como *cortesia com o chapéu alheio*. Nesse sentido, foi correta a declaração de inconstitucionalidade da vinculação pelos Estados de verbas dos Municípios, por infringir o princípio federativo.

Essas decisões discrepam com o que foi decidido no Ag. Reg. no RE com Ag. 665.291, Ministro Roberto Barroso, relativo à norma do Município de Tupandi, no Estado do Rio Grande do Sul (já referida), e que foi declarada inconstitucional em 2016. Neste caso, foi o próprio Município que vinculou sua quota-parte de ICMS para aplicação em ações de saúde, não tendo havido uma imposição do Estado. Esta decisão foi contrária ao princípio federativo, que consagra a autonomia municipal.<sup>109</sup>

## 4.6 A POSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO NA LOA

Um aspecto extremamente importante na análise diz respeito à possibilidade de estabelecer destinação anual, através da LOA – Lei Orçamentária Anual.

Isso se identifica em um caso relativo ao Estado de São Paulo, com distintas leis e diversos julgamentos.

No RE 183.906/SP, julgado em 1997, Ministro Marco Aurélio, foi declarada inconstitucional a Lei paulista 6556/89, por violação do art. 167, IV, CF<sup>110</sup>, que havia majorado a alíquota do ICMS de 17% para 18%, e o vinculado ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado e sua utilização para o financiamento de programas de habitação popular. Decisão pela inconstitucionalidade foi proferida nos RE 188.443 e 213.739, julgados em 1998, igualmente relatados pelo Ministro Marco Aurélio, com relação às leis estaduais paulistas 7.003/90, 7.646/91 e 8.207/92, envolvendo o mesmo assunto.

A solução normativa paulista foi, ao invés de *vincular* o aumento da alíquota à determinada finalidade, estabelecer que esse valor deveria ser objeto de norma específica acerca da aplicação dos recursos decorrentes da majoração do tributo. No RE 585.535, Ministra Ellen Gracie, julgado em 2010, a norma estadual manteve sua presunção de constitucionalidade, pois não teria havido infringência ao art. 167, IV, uma vez que não haveria vinculação do tributo a uma prévia e específica despesa, mas sim dentro do plano geral de governo do Estado<sup>111</sup>.

Esse caso realça um aspecto muito peculiar ao Direito Financeiro, no que tange à *temporalidade* do conjunto de leis orçamentárias, sendo uma delas a LOA – Lei Orçamentária

<sup>108</sup> RE 572.762, Ministro Ricardo Lewandowski: “I – A parcela do ICMS a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna, pertence de pleno direito aos Municípios. II – O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual”. Sobre o tema, ver SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, A. C. *Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. (Org.). *Federalismo Fiscal - Questões Contemporâneas*. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v. , p. 285-302.

<sup>109</sup> Sobre a inclusão do Município como ente federado na Constituição de 1988, ver SCAFF, Fernando Facury. *O surgimento do Município como ente federado na constituinte de 1988*. In: CHAVES, Aloysio. *O Município e a constituinte: relatório, parecer e anteprojeto da subcomissão dos municípios e regiões*. Belém, PA: IEL/PA, 2022. p. 15-31.

<sup>110</sup> RE 183.906, Ministro Marco Aurélio: “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.”

<sup>111</sup> RE 585.535, Ministra Ellen Gracie: “1. A Lei paulista 9.903, de 30.12.1997, apenas impôs a divulgação, pelo Chefe do Executivo, do emprego dos recursos provenientes do aumento da alíquota de 17 para 18%, previsto no mesmo diploma. 2. A proibição de vinculação de receita de impostos prevista no art. 167, IV, da Constituição Federal, impede a fixação de uma prévia destinação desses recursos, o que não se verificou no presente caso. 3. Recurso extraordinário conhecido e improvido.”

Anual, que, como o próprio nome indica, tem vigência anual como regra, e visa a estabelecer a aplicação dos recursos auferidos nas despesas que serão realizadas.

É o que ocorre, por exemplo, com o financiamento das Universidades paulistas, USP, UNESP e Unicamp. Ao invés de atrelar as receitas de ICMS de forma perene ao financiamento dessas Unidades educacionais, como permite o art. 218, §5º, CF/88, 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 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.

## CONCLUSÕES: AS NECESSÁRIAS DIRETRIZES DE ESPAÇO (FEDERALISMO), TEMPO (ORÇAMENTO) E PRIORIDADE (DIREITOS FUNDAMENTAIS) NA ANÁLISE DO ART. 167, IV

Constata-se da análise efetuada que o STF muitas vezes decide de forma *restritiva*, sem considerar que a interpretação deve ocorrer de forma *sistemática*, e não de forma *isolada* o art. 167, IV. Muitas vezes, nos julgamentos são analisadas diversas normas, o que não acarreta necessariamente uma análise sistemática, mas de diversos dispositivos isolados, apenas decididos ao mesmo tempo. Interpretação sistemática implica analisar o *conjunto* normativo de forma interconectada, distinguindo e aproximando normas e aplicando o Direito.

Nesse sentido, é adequado relembrar o alerta do Ministro Eros Grau na ADPF 101 sobre o processo de exegese do Direito: *Não se interpreta o direito em tiras, não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo* --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas.

Pelo menos três diretrizes deveriam ser levadas em conta pelo STF na análise dos casos envolvendo o art. 167, IV, e que não têm sido consideradas, referentes à: (1) *espaço*, o que nos conduz ao *federalismo*, que implica repartição territorial do poder, gerando distintas atribuições e competências; (2) *tempo*, pois deve ser levada em consideração a diferença entre vinculações criadas por normas *perenes* e aquelas estabelecidas com *pré-determinado prazo de vigência*, como é o caso das normas orçamentárias, e (3) a *prioridade* que necessariamente deve ser concedida na análise dos direitos fundamentais. Como é sabido, estas diretrizes estão presentes em diversas normas da Constituição de 1988.

A primeira diretriz diz respeito ao federalismo. Avaliando a jurisprudência do STF verifica-se que a não-afetação tem sido judicializada apenas com referência a Estados, Distrito Federal e Municípios, o que aponta para o centralismo *financeiro* da Constituição de 1988.

Uma suposição para a ausência da União nessa judicialização, que requer novas investigações, é que esta possui diversos mecanismos financeiros e tributários que os demais entes federados não possuem, como as contribuições e a desvinculação de receitas, o que lhe permite maior flexibilidade na gestão financeira. Tal hipótese pode ser o motivo pelo qual o art. 167, IV, não é infringido no âmbito federal. O fato é que há um *desbalanceamento financeiro* que impõe uma necessária ponderação jurisprudencial sobre nossa federação *faticamente assimétrica*, mas que possui normas financeiras tendentes à simetria.<sup>112</sup>

<sup>112</sup> O sistema normativo financeiro brasileiro é obcecado pela simetria. Um singelo exemplo pode facilitar a compreensão. Norma do Senado estabelece que os Estados podem se endividar em até 2,0 vezes sua receita corrente líquida. É possível acreditar que as necessidades de endividamento dos diferentes Estados brasileiros sejam iguais, visando a necessidade de alavancar o desenvolvimento em seus territórios? O mesmo ocorre com os Municípios, que, pela mesma norma, podem se endividar até 1,2 de sua receita corrente líquida. Não basta a diferenciação da base de cálculo (*a receita corrente líquida*), é necessário fazer, como no direito tributário, em matéria de tributação da renda, também variar as alíquotas, para permitir mitigar o efeito das desigualdades federativas.



Há uma *crença* de que a simetria é vinculada à perfeição, à organização e à ordem, e a assimetria ao que é imperfeito, à desorganização. A simetria foi desenvolvida pelos gregos, como uma forma racional de explicar a beleza, com proporção, equilíbrio e harmonia, sendo usada por eles em diversos campos, como na arte. O problema, ocorre quando se aplica a simetria para âmbitos de produção e de distribuição de poder<sup>113</sup>, o que diz respeito ao federalismo em sociedades marcadamente desiguais, como a brasileira. Isso deve ser correlacionado com o art. 3º, III, CF, que estabelece como um dos objetivos de nossa sociedade a redução das desigualdades *regionais*, além das *sociais*.

O tratamento *normativo* financeiramente simétrico é prejudicial para o desenvolvimento nacional, pois alguns entes federados necessitam de mais recursos do que outros, e a simetria, tal como normatizada, implica tratar os desiguais de forma igual, o que é contra o princípio da isonomia, que determina tratamento desigual buscando igualar situações desiguais, visando reduzi-las.<sup>114</sup>

Conforme o levantamento jurisprudencial realizado, a diretriz federativa não vem sendo considerada. A liberdade do legislador orçamentário, consagrada no art. 167, IV, não se refere apenas ao âmbito federal, mas para cada ente federativo, que deve ter sua autonomia reconhecida para decidir como utilizar seus recursos próprios. A cláusula pétrea do federalismo necessita ser levada em consideração nos julgamentos realizados pelo STF.

Esta diretriz deve ser analisada em conjunto com as demais, no âmbito normativo constitucional, conforme se expõe a seguir.

A segunda diretriz diz respeito ao *tempo*, isto é, deve-se considerar que há uma diferença entre as normas orçamentárias, que possuem, por definição, *prazo de vigência determinado*,

e as normas em geral, cujo prazo de vigência normalmente é *indeterminado*. Isso gera diferenças substanciais.

O planejamento financeiro da ação governamental no Brasil é composto de três diferentes normas, obrigatórias para todas as esferas federativas: o PPA – Plano Plurianual, cuja vigência é de quatro anos; a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, a despeito de ser anual, tem seus efeitos projetados no tempo, no que se refere à previsão dos impactos das medidas econômicas e financeiras nela contidas; e a LOA, Lei Orçamentária Anual.

Sendo a não-afetação uma forma de proteção intertemporal, de modo a permitir que os legisladores tenham recursos disponíveis para a implementação das políticas durante seu mandato, eventual afetação em leis orçamentárias, que são normas *temporárias* desde sua gênese, não têm o condão de violar o art. 167, IV. A temporalidade dos mandatos coincide com o da mais longa das leis de planejamento orçamentário, o PPA, que vigora por quatro anos - embora haja pequena desconcórdância com os mandatos políticos, pois seu último ano de vigência alcança o primeiro ano de mandato do sucessor. Isso é positivo, pois respeita a continuidade dos serviços públicos, e permite ao sucessor preparar novo plano de ação governamental, o qual também vigorará até o final do primeiro ano de mandato de seu sucessor, e assim por diante.

Nesse sentido, eventual *vinculação financeira temporal*, limitada ao período do mandato político, constante do PPA ou da LDO, não infringe o art. 167, IV.

Essa diretriz também deve ser lida em conjunto com as demais.

A terceira diretriz diz respeito à *priorização*, estabelecida na Constituição para a concretização dos *direitos fundamentais*. É inegável que existe um acirrado debate sobre o rol de direitos fundamentais, porém, para fins da presente análise,

<sup>113</sup> LABANCA, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Federação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Relata o autor o cerne do problema, que “surge quando se aplica o valor da simetria para âmbitos de produção de poder. Notadamente no que tange à distribuição territorial do poder”, p. 08.

<sup>114</sup> Sobre o tema, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Da Igualdade à Liberdade – Considerações sobre o Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2022.

constata-se que o art. 167, IV, expressamente ressalva a não-afetação para permitir que sejam vinculados recursos para a saúde e o ensino, este, inclusive, é novamente mencionado no art. 218, §5º, ao lado da pesquisa em ciência e tecnologia.

Esse sentido de priorização nos leva a interpretar de forma ampliativa o art. 167, IV, CF. Observa-se que, para a saúde, não é nele estabelecido diretamente o percentual a ser vinculado, deixando-o para lei complementar, que atualmente é a Lei Complementar 141/12, que correta e *expressamente* determina percentuais *mínimos* para aplicação em ações de saúde. O STF não vem considerando dessa forma, pois o interpreta como um *teto* a ser seguido pelos entes federados.

Do mesmo modo, constata-se o *esquecimento* do art. 218, §5º, na análise das vinculações para o *ensino*, descartando o financiamento para as Universidades, sendo considerado apenas para fins de pesquisa nas áreas de ciência e tecnologia. Interpreta-se como se o *ensino* superior não fosse ensino, e que nas universidades públicas não se realizasse pesquisa científica e tecnológica, ignorando o art. 217, CF, sobre a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A conjugação dessas três diretrizes, que possuem amparo constitucional, não vem sendo considerada nos julgamentos do STF acerca do art. 167, IV. Seguramente algumas das decisões seriam proferidas em sentido diverso, caso tais diretrizes tivessem sido levadas em consideração por meio da interpretação sistemática.

Alguns exemplos podem esclarecer. As ADI 4.120 e 6.275 declararam inconstitucionais as vinculações para o ensino estabelecidas em normas estaduais para a Universidade

do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e para a Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), ignorando o art. 218, §5º. As ADI 5.897 e ADI 6.059 julgaram inconstitucionais normas estaduais por terem estabelecido percentuais *superiores* ao *mínimo*, para ações de saúde.

Mecanismos jurídicos processuais, como o da *modulação de efeitos*, poderiam permitir a validação de diversas normas de Estados e Municípios limitando sua vigência ao período das leis orçamentárias, que praticamente coincide com os mandatos eletivos, respeitando, com isso, a *autonomia federativa* e a *temporalidade* do planejamento financeiro das ações governamentais.

Em apertada síntese: é necessário que na análise dos casos envolvendo o art. 167, IV, o STF realize *efetiva* interpretação *sistemática* da Constituição, levando em consideração a questão federativa, a temporalidade das leis orçamentárias e priorizando o financiamento dos direitos fundamentais protegidos. Deve-se evitar a interpretação isolada desse artigo, bem como a enunciação de precedentes que não possuem direta correlação com a matéria em debate, o que ocasiona perniciosa dependência de trajetória.

Cada norma levada à pauta do STF possui características próprias, que devem ser sopesadas em razão das múltiplas diretrizes possíveis, algumas das quais ora indicadas. Isso conduz a possibilidades de validação de normas *temporárias*, a priorização dos direitos fundamentais expressamente destacados no texto, e o respeito ao princípio federativo, peça importante não só na *construção*, mas também na *dinâmica* da Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *O colapso das constituições do Brasil: uma reflexão pela democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

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

DALLARI, Adilson de Abreu. *orçamento impositivo*, in: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011.

FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da Dívida Pública Federativa no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

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

LABANCA, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Federação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 2010.

ROCHA, Francisco Sergio. *Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coords.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, São Paulo: Ed. RT, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. *Da Igualdade à Liberdade – Considerações sobre o Princípio da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

\_\_\_\_\_. *O surgimento do Município como ente federado na constituinte de 1988*. In: CHAVES, Aloysio. *O Município e a constituinte: relatório, parecer e anteprojeto da subcomissão dos municípios e regiões*. Belém, PA: IEL/PA, 2022. p. 15-31.

\_\_\_\_\_. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

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

\_\_\_\_\_. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Org.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, v. 2, p. 1125-1146.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, A. C. *Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais*. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. (Org.). *Federalismo Fiscal - Questões Contemporâneas*. 1ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, v. , p. 285-302.

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