Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro – Unipac ISSN 2178-6925
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni - Fevereiro de 2019

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 11 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF ART. 11 OF THE FISCAL RESPONSIBILITY LAW

Ana Karoline Moreira Pires
Bacharel em direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni

Alex Soares Barbuda
Mestrando em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela faculdade Vale do Cricaré. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdades Unificadas Doctum. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro. Professor no Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni. E-mail: alexbarbuda.unipac@hotmail.com

Dágina Araújo Sander
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, graduada em direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro e professora no curso de direito na Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni, e-mail: dasander02@hotmail.com

José Gaspar Rosa
Mestre em Tecnologia, ambiente e Sociedade pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pós-graduado em História do Brasil pela Federação de Escolas Faculdades Integradas Simonsen. Graduado em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro. Professor do curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni. E-mail: advgaspar@gmail.com

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo abordar os aspectos que norteiam a análise do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sem, contudo, deixar de considerar posicionamentos contrários à sua constitucionalidade. Analisar-se-á os requisitos da competência tributária, mais especificamente quanto ao seu exercício facultativo. Abordar-se-á a aplicabilidade do Direito Administrativo na seara Tributária no que se refere aos princípios da administração pública. E, por fim, no âmbito constitucional-tributário, será tratado sobre a Repartição das Receitas Tributárias definidas no Título VI, Capítulo I, Seção VI da Constituição Federal, dando enfoque ao repasse da União para os Estados e Municípios e dos Estados para o Município.

Palavras-chave: competência tributária; receitas tributárias; transferências voluntárias; transferências obrigatórias; facultatividade; responsabilidade fiscal.

Abstract

This research aims to address the aspects that guide the analysis of art. 11 of the Fiscal Responsibility Law, without, however, fail to consider positions contrary to its constitutionality. It will analyze the requirements of the taxing power, specifically as to its optional exercise. It will address the applicability of Administrative Law in the Tax harvest with regard to the principles of public administration. And finally, the constitutional and tax framework, will be treated on the Distribution of Income Tax as defined in Title VI, Chapter I, Section VI of the Constitution, giving focus to the transfer of the Union to the states and municipalities and states to the City.

Keywords:tax jurisdiction; tax revenues; voluntary transfers; compulsory transfers; optionality; fiscal responsibility.

1 Introdução

A "revolução" trazida pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000 – foi bastante oportuna, uma vez que o cenário político-financeiro do Brasil não era favorável e a sociedade clamava por mudanças na administração pública.

O legislador criou estratégias que dão condições para o gestor público cumprir os objetivos e as metas fiscais, calcado nos princípios da responsabilidade fiscal, da transparência e da eficiência, sob pena de responsabilizar-se penalmente.

A nova visão sobre o conceito de responsabilidade no âmbito fiscal, bem como da eficiência tutelados pelo legislador será demonstrado como forma de cada entende federado exercer a competência tributária em sua plenitude que, por corolário, dá uma maior aplicabilidade ao princípio federativo. O art. 11 da LRF ao sancionar o ente político que não instituiu, não previu e nem arrecadou todos os impostos que lhe compete, incentiva sua autonomia e independência financeira, fazendo com que sua arrecadação não seja, pura e simplesmente, dos repasses de recursos de entes maiores.

Será feito uma abordagem acerca das transferências obrigatórias (ou transferências constitucionais) e as transferências voluntárias intergovernamentais, enfatizando a obrigatoriedade de uma e a natureza não compulsória da outra.

Analisar-se-á a distribuição da competência tributária entre os entes federados, uma vez que se faz mais que necessária em um Estado cuja forma é a

Federação De forma que dentro do plano da oportunidade e conveniência possam instituir seus impostos definidos constitucionalmente. A facultatividade do exercício é um dos importantíssimos pressupostos da competência tributária, que será abordado no momento oportuno.

E, por último, tratar-se-á sobre a constitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal com base nos apontamentos acima e em outros aspectos a serem analisados no decorrer deste trabalho. Restará demonstrada a necessidade e importância do art. 11, em que pese juristas defendam a sua inconstitucionalidade e, consequentemente, sua inaplicabilidade. A sua análise requer cautela e uma discussão minuciosa dos aspectos e situações que envolvem o tema.

A pesquisa foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, doutrinária, e da legislação disponível sobre o assunto relacionado ao tema. O que se almejou foi defender a constitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, enfatizando sempre a autonomia política, administrativa e fiscal dos entes federados, a facultatividade do exercício da competência tributária, as diferenças entre as transferências obrigatórias e voluntárias.

Assim, foi por meio das doutrinas de Direito Tributário, Constitucional, Financeiro e Administrativo, bem como das jurisprudências no mesmo sentido, que foram levantadas diversas informações sobre os aspectos a serem discutidos antes de considerar a constitucionalidade do disposto no referido artigo. Foram feitos apontamentos de estudiosos que têm uma posição contrária, defendendo a sua inconstitucionalidade. Abordou-se, também, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta no Supremo Tribunal Federal que, por fim, considerou constitucional o art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000.

3 Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/99)

3.1 Contexto histórico e fundamento

A incessante acumulação de capital gerado no país nas mãos de poucos indivíduos gerou uma profunda má distribuição de renda em todo o Brasil, de forma que uma larga faixa da população brasileira foi desprivilegiada com essa concentração de capital. Atrelando essa situação ao fato de que nossa sociedade é tendente à apropriação privada do patrimônio público, bem como a gestão pública

que, diga-se de passagem, colaborou para o descontrole das contas públicas brasileira, é que se viu a necessidade de uma reforma Estatal.

Neste cenário de reforma e objetivando o controle dos gastos para a geração de superávit e consequente compensação das contas, é que surge a Lei de Responsabilidade Fiscal trazendo um novo paradigma para a Administração Pública.

A aplicabilidade da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) está fundamentada no texto constitucional em seus art. 24 que estabelece a competência concorrente para legislar sobre o direito financeiro, bem como nos artigos 163 e 165, § 9º que determina à lei complementar a regulamentação da matéria financeira.

A Lei Complementar n.º 101/2000, que trouxe a regulamentação do artigo 165, §9º da Constituição Federal ao tratar das finanças públicas, se mostra como um avanço importante e necessário, que, associado a outras medidas, pode representar mudança significativa nas práticas públicas, em seus diferentes níveis.

Ensina [1]Kiyoshi Harada (2001, p. 230):

> [...] quando a administração pública é orientada por um projeto político sério e consequente, os gestores assumem a tarefa de coordenar as iniciativas dirigidas para compatibilizar a aplicação das receitas com as necessidades e demandas prioritárias da sociedade, estabelecendo metas derivadas do interesse público.

Assim, a LRF é um dos mais fortes instrumentos de transparência, princípio da administração pública consagrado constitucionalmente, com relação aos gastos públicos, indicando os parâmetros para uma administração eficiente.

3.2 Conceito e objetivos

A Lei de Responsabilidade Fiscal é considerada um código de postura a ser observado e seguido por todos os administradores públicos do país, aplicável em todo o território nacional e no âmbito dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Ao estabelecer normas gerais acerca das finanças públicas, ela veio regulamentar a parte da Tributação e do Orçamento (Título VI) na Constituição Federal. Além de ser um mecanismo de fiscalização e transparência.

---

1 http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20105-20106-1-PB.pdf

Assim, os gestores públicos ficam subordinados às normas estabelecidas na Lei Complementar nº 101/2000, de modo que deverão ser responsabilizados em caso de violação aos deveres jurídicos impostos pela referida lei.

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio propiciar uma modificação cultural e institucional na administração pública através da substituição da administração burocrática pela a gerencial, bem como um equilíbrio dos recursos e despesas, de forma que todos os governantes deverão se comprometer com orçamento e com metas, que devem ser apresentadas e aprovadas pelo respectivo Poder Legislativo, de acordo com cada esfera federativa.

3.3 Ação Direita de Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 101/2000

Considerando que a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, foi uma importante inovação legislativa na seara das finanças públicas, tem-se despontado inúmeras polêmicas e promovido bastantes debates, tendo em vista as grandes mudanças na condução da gestão pública, mormente no que se refere aos seus princípios norteadores da transparência e do planejamento.

Em razão dessa "revolução" é que a LRF tem sido objeto de algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. No ano de 2007 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento dos vários dispositivos atacados, tendo, no entanto, se pronunciado parcialmente no julgamento da primeira delas, a ADIn nº 2238, proposta pelo PT, PC do B e PSB logo no início da vigência da lei. A referida ação é bastante ampla.

Imprescindível trazer aqui, transcritos dessa importante Ação Direta de Inconstitucionalidade:

> [2]MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.238-5 DF. RELATOR ORIGINÁRIO: MINISTRO ILMAR GALVÃO. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO CARLOS BRITO. REQUERENTES: PC DO B, PT E PSB. REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL. TRIBUNAL PLENO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> Sustentam os requerentes que a Lei Complementar nº 101/2000 padece de inconstitucionalidade formal, uma vez que sua aprovação no Congresso Nacional não observou os trâmites do devido processo legislativo, não tendo o projeto retornado à Câmara dos Deputados para apreciação dos

[2] http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193

> emendas que lhe foram feitas pelo Senado Federal, nos art. 3º, 5º, 20 e 63, conforme determina o art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.
> Alegam que a referida lei é ainda inconstitucional, em sua integralidade, por haver regulado apenas parcialmente o art. 163 da Carta da República, visto que não cuidou dos seus incisos V, VI e VII.
> (…)
> O pedido de declaração de inconstitucionalidade de todo o texto da Lei Complementar nº 101/2000, ou dos dispositivos acima enumerados, e do inciso II do art. 3º e do art. 4º da Medida Provisória nº 1980/2000, ajuntou-se requerimento de medida cautelar, que ora é submetido ao Plenário.
> O Congresso Nacional, em suas informações, limitou-se a afirmar não estarem presentes os pressupostos legais necessários para a concessão de medida liminar suspendendo os dispositivos impugnados.
> O Presidente da República, por sua vez, sustentou não padecer a Lei de Responsabilidade Fiscal de nenhuma inconstitucionalidade forma, uma que as emendas promovidas pelo Senado Federal no projeto de lei foram de redação, não alterando seu conteúdo normativo. Afirmou, também, que não há a exigência constitucional de que o art. 163 da Carta da República seja regulamentado por uma única lei complementar.
> Alegou, por fim, que os demais dispositivos individualmente atacados, encontram, cada um deles, respaldo no texto constitucional, destacando que não há nenhum vício no fato de lei complementar versar sobre matéria de lei ordinária; que, em relação à MP 1980-22, não cabe ao Poder Judiciário avaliar pressupostos de urgência e relevância previstos no art. 62 da Constituição Federal; que não há violação da competência do Senado Federal pelo simples fato de possibilitar-se ao Presidente da República a apresentação de proposta acerca das matérias arroladas no art. 52, incs. IV, VII, IX e XIII, da CF, posto serem tais propostas passiveis de rejeição; que a impugnação do art. 29, I, da LC nº 101/2000 é relativa a conceitos infraconstitucionais; e que a EC nº 19/98 aboliu o princípio da irredutibilidade de remuneração dos servidores, sendo constitucional o art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que possibilita a redução dos valores atribuídos a cargos em comissão e funções de confiança.
> É o relatório.

Ao final do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238, foi julgada improcedente a arguição de inconstitucionalidade formal da Lei Complementar em sua totalidade, bem como houve deferimentos e indeferimentos de medidas cautelares referentes aos artigos atacados pela ADIN da referida lei.

4 O art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000

Aduz o artigo 11 e seu respectivo parágrafo único da Lei Complementar nº 101/2000:

> Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.
> Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.

Fazendo uma análise precipitada do dispositivo legal em epígrafe, infere-se que há um aparente conflito de normas. O legislador ao dizer que para uma boa e eficiente gestão fiscal, deve os entes políticos instituir, prever e arrecadar todos os tributos de sua competência definidos constitucionalmente, sob pena de uma sanção institucional, qual seja, o não repasse das transferências voluntárias, não quis, salvo melhor entendimento, impor ao ente federado a instituição dos tributos, mas sim incentivar o exercício da competência.

Essa sanção institucional parece ir de encontro com a Constituição Federal, uma vez que a Carta Maior confere à competência tributária o exercício facultativo, enquanto que a lei infraconstitucional estaria impondo a obrigatoriedade do seu exercício.

Corroborando com este entendimento, importante mencionar as palavras do renomado doutrinador Claudio Borba, em sua obra Direito Tributário:

> "Embora a Constituição Federal não obrigue os entes da Federação instituírem todos os tributos de sua competência tributária, a Lei Complementar nº 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal – faz esta exigência em seu art. 11 e parágrafo único. (...) Dessa forma, se alguma unidade da Federação não exercer a sua competência tributária relativamente a qualquer tributo, o máximo que poderá ocorrer são as sanções previstas no parágrafo único do art. 11, não ocorrendo a transferência desta competência para outra pessoa jurídica de direito público" (CLÁUDIO BORBA, 2014, p. 71).

Todavia, o presente artigo merece uma análise pormenorizada e uma interpretação cautelosa.

4.1 Facultatividade da competência tributária à luz do art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000

É sabido que a competência tributária é uma prerrogativa constitucional conferida aos entes federados para a instituição de tributos, de acordo com a oportunidade e conveniência político-econômica do ente.

Neste plano da oportunidade e conveniência, surge a facultatividade do exercício desta competência. Urge mencionar os ensinamentos do ilustre professor Paulo de Barros Carvalho no que se refere a essa faculdade especificamente do ICMS.

> Todavia, a exceção vem aí para solapar o caráter de universalidade da proposição: refiro-me ao ICMS. Por sua índole eminentemente nacional, não é dado a qualquer Estado-membro ou ao Distrito Federal operar por omissão, deixando de legislar sobre esse gravame. Caso houvesse uma só unidade da federação que empreendesse tal procedimento e o sistema do ICMS perderia consistência, abrindo-se ao acaso das manipulações episódicas, tentadas com tanta frequência naquele clima que conhecemos por "guerra fiscal". Seria efetivamente um desastre para a sistemática impositiva da exação que mais recursos carreia para o erário do País. O ICMS deixaria, paulatinamente, de existir (PAULO DE BARROS CARVALHO, 2012, p. 217).

O que se questiona é se a facultatividade ainda estaria presente frente ao art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Depreende-se do art. 11 da LRF que o exercício dessa competência é requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal. O seu parágrafo único impõe uma sanção àquele ente que se omitir quanto à instituição de impostos de sua competência, qual seja, o não repasse das transferências voluntárias. O legislador infraconstitucional ao editar a Lei de Responsabilidade Fiscal não mencionou as transferências constitucionais, ditas obrigatórias, e nem poderia fazê-la, uma vez que os arts. 157 e seguintes do Texto Constitucional materializou o federalismo fiscal ao estabelecer que recursos oriundos da arrecadação de certos tributos são repartidos entre os diversos Entes Políticos. O que difere das simples transferências voluntárias.

Este entendimento decorre de um raciocínio lógico razoável. Se o ente político tem aptidão legislativa para instituir seus impostos e ainda assim não o faz, presume-se que não precisa desta receita. Logo, não faria sentido procurar os entes federados maiores em busca de recursos financeiros. O que torna bastante plausível a incidência da sanção institucional prevista na Lei Complementar em comento.

Em nome da responsabilidade e da transparência – norteadores da administração pública – e da efetividade do processo legislativo de instituição dos impostos sob sua competência, é que a LRF incentiva o Estado, em todas as suas esferas, exercitar esta competência.

Considerando todos os argumentos acima, não seria impreciso afirmar que a facultatividade do exercício da competência tributária não foi extinta, houve apenas uma mitigação, como no caso específico do ICMS, bem como da novidade trazida pela LRF, qual seja, a sanção de natureza orçamentária aplicada àqueles entes que se omitirem na instituição dos seus impostos.

4.2 O art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000 e sua relação com os Princípios

Como nos ensina Fernanda Marinela

> O atual ordenamento jurídico reconhece que os princípios não são simples recomendações, orientações; são normas que obrigam aqueles que a elas estão sujeitos. A sua generalidade quanto aos destinatários e ao conteúdo não prejudica a sua força coercitiva e assegura maior potencial de durabilidade na regulação da vida em sociedade.
> Importante grifar que cada princípio é dotado de determinado valor, dimensão de peso, não tendo amplitude fixada de antemão, logo, a tensão entre eles admite a adoção do critério de ponderação dos valores ou ponderação dos interesses aplicável ao caso concreto, devendo a cada caso o intérprete verificar o grau de preponderância. Assim, um determinado princípio pode prevalecer em uma situação específica e ser preterido em outra, o que não significa nulidade do princípio afastado, esse continua intacto (FERNANDA MARINELA, 2013, p. 24).

Nesse ponto, há a convivência harmônica entre os princípios, não há que se falar em anulação de um em detrimento de outro. Deve haver observância obrigatória e a sua máxima aplicabilidade.

Contextualizando os princípios com o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, destacam-se os seguintes: princípio da autonomia estadual e municipal, amparado no art. 18 da Constituição Federal, o princípio da legalidade tributária, da moralidade, da eficiência, bem como o princípio importantíssimo para a seara administrativa, o da indisponibilidade do bem público.

A Carta da República em seu artigo 18 dispõe que "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". Resta demonstrado o princípio da autonomia dos entes, uma vez que possuem os elementos necessários para a sua própria gestão. Este princípio é aplicado na análise do art. 11 da LRF por diversos motivos, dentre eles o poder normativo, que consiste na elaboração de leis dentro dos limites traçados constitucionalmente, por exemplo, a edição de uma lei municipal instituindo o Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza.

No tocante ao princípio da legalidade tributária, a Lei Complementar 101/2000 veio cumprir o disposto no art. 163 da Constituição Federal, ao exigir lei complementar para tratar de matérias por ali apontadas, dentre elas, finanças públicas.

Ao aplicar o princípio da moralidade, exige-se que os administradores públicos atuem com estrita observância aos padrões éticos, pautados na boa-fé, com disciplina interna e boa Administração Pública. De forma que um gestor público que deixa de instituir um imposto com o mero objetivo de adquirir eleitores, tem-se que o ato é legal, porém eivado de imoralidade.

O art. 11 da LRF é claro ao dispor que uma administração eficiente é aquela que institui, prevê e efetivamente arrecada todos os tributos de competência do respectivo ente federado. E nos ensinamentos da ilustre autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, 2014, p. 84).

Portanto, a LRF ao dar transparência às despesas com obras e serviços públicos, dá a possibilidade à população fiscalizar a qualidade dos atos praticados pelo agente público, bem como do seu desempenho, forçando o administrador público ter uma maior responsabilidade e utilizar da melhor maneira possível o orçamento disponível.

E, por fim, o princípio da indisponibilidade do bem público, muito bem colocado por Fernanda Marinela

> Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para sua disposição. O administrador tem o dever de guarda, aprimoramento e conservação, lembrando-se de que a atividade administrativa é um *munus publico*, é encargo, é obrigação para os administradores (FERNANDA MARINELA, 2013, p. 28).

Assim, relacionando-o ao art. 11 da LRF, conclui-se que é vedado ao Estado deixar de exercer a competência tributária que lhe foi outorgada pela Constituição Federal, uma vez que a eficiência na arrecadação é, indiscutivelmente, de interesse público. Fazendo com que, principalmente os Municípios, exerçam essa prerrogativa, evitando que eles contem apenas com os recursos dos fundos de participação.

4.3 A constitucionalidade do art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000

Como mencionado anteriormente, a Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000 foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2258-DF, em que os requerentes expuseram motivos para ter declarada a sua inconstitucionalidade integral, bem como artigos específicos foram atacados, dentre eles o art. 11. Verifica-se a transcrição parcial do julgado:

> [3]MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.238-5 DF. RELATOR ORIGINÁRIO: MINISTRO ILMAR GALVÃO. RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO CARLOS BRITO. REQUERENTES: PC DO B, PT E PSB. REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL. TRIBUNAL PLENO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 9. Art. 11, parágrafo único, segundo o qual "fica vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos".
> Segundo os autores, configura-se, no caso, ofensa ao art. 160 da CF, que veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego de recursos atribuídos, na forma prevista na Carta, aos Estados e Municípios.
> O dispositivo constitucional em apreço, no entanto, trata da participação dos Estados e Municípios nas receitas tributárias da União e dos Estados, cogitando a lei, ao revés, de transferências que, obviamente, não são incompatíveis com restrições impostas aos entes beneficiários dessas transferências, que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de seus próprios tributos.
> Sem plausibilidade, portanto, o fundamento do pedido.

Aduz o art. 160 da Constituição Federal que “é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.”.

É nítido que o dispositivo constitucional alhures mencionado se refere às transferências obrigatórias, enquanto que o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal trata das transferências voluntárias, aquelas em que o repasse é feito a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira e que não decorrem de determinação legal ou constitucional.

Nesse mesmo sentido

> [4]MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.238-5 DF. RELATOR ORIGINÁRIO: MINISTRO ILMAR GALVÃO.

---

3 http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193

4 *Ibidem.*

> RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO CARLOS BRITO. REQUERENTES: PC DO B, PT E PSB. REQUERIDOS: PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL. TRIBUNAL PLENO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> O Tribunal também indeferiu a cautelar pleiteada por entender juridicamente irrelevante a alegação de ofensa ao art. 160 da CF, uma vez que a norma atacada cuida de transferências voluntárias que não são incompatíveis com restrições impostas aos entes beneficiários das mesmas.

Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000 por desrespeito ao art. 160 da Constituição Federal, uma vez que as matérias tratadas em ambos os dispositivos são diferentes. Enquanto que o primeiro dispõe sobre as transferências voluntárias, o segundo se refere às transferências obrigatórias que, como já explicitado, não se confundem.

No que diz respeito à competência tributária, assevera-se que esta somente é conferida às pessoas políticas de direito público e refere-se ao poder constitucional de criar, majorar e extinguir o tributo, observando as normas gerais de Direito Tributário e de acordo com a oportunidade e conveniência político-administrativa do ente tributante. O legislador constituinte foi bastante claro ao dizer, no art. 145 da Constituição Federal, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “poderão” e não “deverão” instituir impostos. Assim, no plano das suas características, mister se faz destacar a facultatividade do exercício desta competência.

Não há dispositivo constitucional que obrigue o ente federado a exercê-la. Por tal motivo é que a doutrina defende a sua facultatividade.

Juristas questionam se uma lei nacional pode exigir que o ente federado exerça sua competência para instituir impostos, como é o caso dos que seguem a corrente da inconstitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Seguindo este posicionamento contrário, conclui [5]Marcelo Figueiredo:

> O dispositivo está, na verdade, coagindo os Estados e Municípios a exercerem plenamente sua competência tributária. Como é de curial conhecimento, a competência tributária é facultativa. Cada uma das pessoas políticas haure competência constitucional para organizar-se e a instituição dos tributos de cada ente é matéria afeta ao núcleo de sua organização.
> A lição é elementar. No conceito de autonomia de cada ente, encontramos a autonomia política, administrativa e tributária (fiscal). Assim, não se concebe como se possa obrigar direta ou indiretamente determinado ente político a exercer plenamente sua competência tributária.

---

5 http://amdjus.com.br/doutrina/administrativo/16.htm

Segundo Diogo Moreira Figueiredo Neto (*apud* Régis Fernandes Oliveira, 2010, p. 461)

> Enquanto a instituição de tributos tem natureza política, e é reserva do legislador, a gestão da receita tributária tem natureza administrativa, e é cometia ao administrador público, enquanto gestor das finanças públicas. Não há, portanto, como responsabilizar o gestor fiscal por ato que é de competência exclusiva do legislador tributário, como esse de instituir ou não todos os tributos constitucionalmente possíveis, bem como pela fixação de suas respectivas cargas, também sob reserva legal, devendo-se estender que qualquer interferência na instituição política de tributos extrapola a competência do legislador complementar, nada se podendo imputar a respeito ao administrador, que tem apenas a missão de arrecadá-los e geri-los".

Acrescenta ainda que “não existe qualquer obrigação constitucional de instituir tributos: há competências para fazê-lo, ainda porque existem aqueles que, conforme as circunstâncias, são econômica ou socialmente desaconselháveis”.

Verifica-se a seguinte situação: o poder legislativo ao instituir o imposto, obriga o gestor a recolhê-lo e aplicá-lo. O artigo 11 da Lei Complementar 101/2000 se aproxima mais da gestão fiscal, do que de uma imposição tributária. Estas não se confundem. Primeiro é a instituição do imposto pelo legislativo e, posteriormente, a sua arrecadação pela administração pública. Observa-se que há um procedimento em que um ato é continuidade do outro.

Há Municípios que, propositalmente, deixam de instituir o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana – IPTU –, por exemplo, em razão dos recursos que aufere com as transferências obrigatórias, ou mesmo por comodidade.

São essas situações que o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal busca evitar ao vedar a "realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos" (OLIVEIRA, Régis Fernandes, 2010, p. 462). Como já dito anteriormente, não há como se confundir transferência obrigatória com transferência voluntária. Esta está definida no art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal como sendo a entrega de recursos a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal. É o que ocorre quando um município ao realizar um evento cultural, recebe recursos financeiros do Governo do Estado. É nessa situação que há a vedação do repasse. Ao passo que as transferências obrigatórias não são passíveis de retenção, segundo Régis Oliveira

Fernandes *opus citatum, opere citato ou op. Cit*, uma vez que “estão previstas constitucionalmente e constituem receitas próprias de um ente federado, mas arrecadados por outro”.

Destaca-se, também, que o art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000 é uma ferramenta de incentivo para aplicação do princípio federativo. Ao vedar o repasse das transferências voluntárias, o legislador, propositalmente, estimulou a independência financeira dos entes, fazendo com que eles dependam menos de recursos provenientes de pessoas políticas maiores. Assim, o presente dispositivo não atenta contra o princípio federativo e nem contra a autonomia dos entes, pelo contrário, incentiva a sua independência.

Nesses termos, não há que se falar que o art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000 afronta a Constituição Federal, pois restou demonstrado a natureza não compulsória das transferências voluntárias. Ao passo que, se o legislador determinasse como sanção o não repasse das transferências obrigatórias, não restariam dúvidas da sua inconstitucionalidade.

Como já mencionado, a LRF foi submetida à análise pelo Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238-DF que, por sua vez, julgou improcedente a arguição de inconstitucionalidade formal da Lei Complementar.

Focando no art. 11 da LRF, tema central da problemática, ele também foi alvo específico da ADIn nº 2238-DF ao arguirem ofensa ao art. 160 da Constituição Federal. Destaca-se, novamente, o trecho deste importante julgado:

> O dispositivo constitucional em apreço, no entanto, trata da participação dos Estados e Municípios nas receitas tributárias da União e dos Estados, cogitando a lei, ao revés, de transferências que, obviamente, não são incompatíveis com restrições impostas aos entes beneficiários dessas transferências, que se revelem negligentes na instituição, previsão e arrecadação de seus próprios tributos.
> Sem plausibilidade, portanto, o fundamento do pedido.

Régis Fernandes Oliveira (2010) sustenta a constitucionalidade da exigência disposta no art. 11 da LRF, que obriga o cumprimento da norma e respectiva sanção em seu descumprimento.

Por todo o exposto, é defensável a constitucionalidade do art. 11 da Lei Complementar nº 101/2000, já que não houve, como já exposto, a supressão da facultatividade do exercício da competência tributária, apenas uma mitigação.

5 Considerações Finais

As novas condutas pautadas em uma gestão responsável, transparente e eficiente foram trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000 –, trouxeram uma certa credibilidade para toda a população brasileira, que clamava por mudanças na administração pública.

O legislador, ao inovar no cenário que o Brasil apresentava, causou grande impacto, levando a questionarem a constitucionalidade da LRF. A arguição da sua inconstitucionalidade, bem como do art. 11 não merecem prosperar, uma vez que, como já mencionado, este dispositivo dá autonomia para os entes federados ao incentivar o exercício da competência tributária em sua plenitude.

Dá aplicabilidade ao princípio federativo permitindo que o ente dependa menos de recursos advindos de outras pessoas políticas, prevalecendo a sua independência financeira.

Permite-se um entendimento razoável. Se o ente político tem aptidão legislativa para instituir seus impostos e ainda assim não o faz, presume-se que não precisa desta receita. Logo, não faria sentido procurar os entes federados maiores em busca de recursos financeiros.

A União possui uma sobrecarga tributária em relação aos demais entes, por esse motivo, o legislador constituinte originário determinou que receitas advindas da arrecadação dos seus tributos deveriam ser repartidas com os demais entes federados. A Constituição Federal previu as transferências obrigatórias, que são os repasses que não estão sujeitos a retenção. Já as transferências voluntárias estão definidas no art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal e consiste no repasse de recurso financeiro a outro ente federado que não decorra de determinação legal ou constitucional.

Assim, o legislador elegeu a retenção das transferências voluntárias como pena pela omissão na instituição dos impostos, dada sua natureza não compulsória. O que torna bastante plausível a incidência da sanção institucional prevista na Lei Complementar em comento.

Por todo exposto, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado** – 8ª Edição. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BORBA, Cláudio. **Direito Tributário**. 26ª edição – Rio de Janeiro : Elsevier, 2014.

BRASIL. **Código Tributário: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. In: Vade Mecum: oab e concursos. 9ª ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: Vade Mecum: oab e concursos. 9ª ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.BRASIL.

_____. **Lei Complementar n° 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. In Vade Mecum: oab e concursos. 9ª ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautela em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238-5 Distrito Federal**. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário** – 24ª edição. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. **Competência tributária: faculdade do exercício.** Disponível em https://jus.com.br/artigos/33464/competencia-tributaria-faculdade-do-exercicio

CEARÁ. Tribunal Regional Federal 5º Região. **Apelação Cível nº468268/CE**, Relator: Desembargador Federal José Baptista De Almeida Filho. Diário da Justiça Eletrônico - 29/01/2010 - Página: 630 - Ano: 2010

DE ANDRADE, Rogério Vieira. **A lei de responsabilidade fiscal e seu aspecto evolutivo**. Disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20105-20106-1-PB.pdf

DE OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 3ª Edição revista e atualizada – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª Edição – São Paulo : Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **A lei de responsabilidade fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa**. Disponível em: http://amdjus.com.br/doutrina/administrativo/16.htm

HARADA, Kyioshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 19ª edição, São Paulo : Editora Atlas, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7ª Edição. – Niterói : Impetus, 2013.

MINISTÉRIO DA FAZENDA . Secretaria do Tesouro Nacional . **O que você precisa saber sobre Transferências Constitucionais e Legais . IOF-Ouro .** Disponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/documents/10180/137007/Responsabilidade_Fiscal/Prefeituras_e_Governos_Estaduais/arquivos/CartilhaIOFOuro2011.pdf

_____. Secretaria do Tesouro Nacional . **O que você precisa saber sobre Transferências Constitucionais e Legais . IPI-EXPORTAÇÃO. D**isponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/CartilhaIPI_Export2013.pdf

_____. Secretaria do Tesouro Nacional . **O que você precisa saber sobre Transferências Constitucionais e Legais . CIDE-COMBUSTÍVEL. D**isponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/CartilhaCIDE13_01_23.pdf

_____. Secretaria do Tesouro Nacional . **O que você precisa saber sobre Transferências Constitucionais e Legais . Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE . D**isponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/cartilhafpe.pdf

_____. Secretaria do Tesouro Nacional . **O que você precisa saber sobre Transferências Constitucionais e Legais . Fundo de Participação dos Municípios – FPM . D**isponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/190777/CartilhaFPM.pdf

_____. Secretaria do Tesouro Nacional . **O que você precisa saber sobre Transferências Fiscais da União . Princípios Básicos.** Disponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/329483/pge_cartilha_principios_basicos.pdf

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Considerações sobre a LRF**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 *apud*
DE OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOURA, Douglas Duarte. **O poder de tributação e suas limitações constitucionais**. Disponível em: https://douglasduartemoura.jusbrasil.com.br/artigos/189445593/o-poder-de-tributacao-e-suas-limitacoes-constitucionais

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8ª edição, São Paulo : Saraiva, 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Especial n. 100.200-0/MT**, Relator: Ministro Moreira Alves. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 17 mar. 2001.