

FEDERALISMO FISCAL

Questões Contemporâneas

Organizadores:

José Mauricio Conti

Fernando Facury Scaff

Carlos Eduardo Faraco Braga

Prefácio de:

Régis Fernandes de Oliveira

André Castro Carvalho

Alexandre Coutinho da Silveira

Celso de Barros Correia Neto

Cesar Augusto Seijas de Andrade

Flávio Rubinstein

Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira

José Augusto Moreira de Carvalho

Jozélia Nogueira

Leonardo Alcantarino Menescal

Lucas Bevilacqua

Luisa Cassetti

Ricardo Pires Calciolari

Roberto Mercado Lebrão

Rodrigo de Oliveira Faria

Salomão Barros Ximenes

Sergio Papini de Mendonça Uchôa Filho

Wellington Márcio Kubliskas

José Mauricio Conti
Fernando Facury Scaff
Carlos Eduardo Faraco Braga
Coordenadores

FEDERALISMO FISCAL

– QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS –

Autores:

André Castro Carvalho
Alexandre Coutinho da Silveira
Celso de Barros Correia Neto
Cesar Augusto Seijas de Andrade
Flavio Rubinstein
Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira
José Augusto Moreira de Carvalho
Jozélia Nogueira
Leonardo Alcantarino Menescal
Lucas Bevilacqua
Luisa Cassetti
Ricardo Pires Calciolari
Roberto Mercado Lebrão
Rodrigo de Oliveira Faria
Salomão Barros Ximenes
Sergio Papini de Mendonça Uchôa Filho
Wellington Márcio Kubliskas



grupo

conceito

Distribuidora, Editora e Livrarias



Apresentamos a nova assinatura do Grupo Conceito, união das capacidades e competências da editora Conceito Editorial e da Editora Modelo para fazer ainda mais por todo mercado editorial.

2010

Editora CONCEITO EDITORIAL

Presidente

Salézio Costa

Editor Chefe

Jessé Vascotto

Editores

Orides Mezzaroba

Valdemar P. da Luz

Conselho Editorial

André Maia

Carlos Alberto P. de Castro

Cesar Luiz Pasold

Diego Araujo Campos

Edson Luiz Barbosa

Fauzi Hassan Choukr

Jacinto Coutinho

Jerson Gonçalves C. Junior

João Batista Lazzari

José Antônio Peres Gediel

Lenio Luiz Streck

Marcelo Alkmim

Martônio Mont'Alverne B. Lima

Renata Elaine Silva

Vicente Barreto

Coordenação Editorial

Marijane R. S. Santos

Capa

Rafael Simon

Editoração

Jonny M. Prochnow

Catálogo na Publicação: Bibliotecária Cristina G. de Amorim CRB-14/898

F293

Federalismo Fiscal: Questões Contemporâneas / Organizadores: José Maurício Conti; Fernando Facury Scaff; Carlos Eduardo Faraco Braga - Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. 490p.

ISBN 978-85-7874-174-7

1. Tributário 2. Fiscal 3. Federalização 4. Direito Financeiro 5. Federalismo Fiscal I. Conti, José Maurício II. Scaff, Fernando Facury III. Braga, Carlos Eduardo Faraco IV. Título

CDU - 336.2

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, a violação dos direitos autorais é punível como crime, previsto no Código Penal e na Lei de direitos autorais (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

© Copyright 2010 Impresso no Brasil / Printed in Brazil



Editora Conceito Editorial

Rua Farroupilha, nº 153 - Bairro Campinas, CEP 88117-100, São José - SC, (48) 3205 1300

www.conceitojur.com.br

LIVRARIAS CONCEITO EDITORIAL

SANTA CATARINA

Florianópolis: Rua Jerônimo Coelho, 215 - Centro

Fone (48) 3224-0040 / 3222-9154

MINAS GERAIS

Belo Horizonte: Rua dos Guajajaras, 285 - Centro

Fone (31) 3267 8689 - 3267 8687

MATO GROSSO

Cuiabá: 2ª Av. Transversal, s/n - Centro Político

Administrativo - Fone (65) 3644-1044

Rondonópolis: Av. Marechal Dutra, 1147 - Centro

Fone (66) 3421-3207

RIO GRANDE DO SUL

Porto Alegre: Rua Washington Luis, 1110 - 3º andar

Fone (51) 3287-7442 - 3287-7443

MATO GROSSO DO SUL

Campo Grande: Av. Mato Grosso, 4700

Bairro Carandá Bosque - Fone (67) 3318-4825

Campo Grande: Rua da Paz, 17 - loja 3

Vila Tupaciretan - Fone (67) 3384-8242

Corumbá: Rua América, 1941 - Centro

Fone (67) 3232-0016

Dourados: Rua Onofre Pereira de Matos, 1700

Centro - Fone (67) 3421-9269

Três Lagoas: Rua Zuleide Peres Tabox, 1007 - Praça da Justiça, 10 - Fone (67) 3521-0403

SÃO PAULO

Distribuição: Rua Barão de Jaguará, 184 - Cambuci

Fone (11) 3105-0573 / 3104-9774

Prefácio

Fui solicitado pelos autores para apresentar a obra “Federalismo Fiscal”, fruto de muitas mãos e pensamentos. Evidente que o conteúdo e o nome de seus autores, por si sós, já recomendam a obra, que passa a ser de leitura obrigatória para todos os que pensam direito financeiro.

Sempre entendi e muito se fala em reforma tributária. Sem uma ampla reforma no texto da Constituição Federal (minha proposta como deputado federal foi a de retirar do texto da Constituição todo o capítulo referente à tributação) é impossível falar-se em reforma. Reformar o que se o Estado continuaria como está. Basta atentarmos para o fato de que o Brasil é uma federação para sabermos das dificuldades se falar em alteração do sistema tributária sem atentarmos para a repactuação federativa.

Como é possível termos a União que retém cerca de 63% dos recursos tributários, ficando os Municípios à mingua. A estrutura federativa brasileira é uma estrutura de dominação poderosa. A União, ao longo dos anos (como o Presidente detém o controle majoritário do Congresso), passou a ter a maior fatia do bolo tributário. Criou contribuições ao invés de impostos, o que fez deformar o pacto tributário. De outro lado, é patente o empirismo da federação brasileira que privilegia o centro ao invés da periferia. O centro fica com tudo. Tem o poder de decidir o que os outros podem ou devem fazer. Até eventos festivos que os municípios desejam realizar deve haver a intermediação de um deputado federal para obter os recursos necessários. Isso é uma vergonha.

Ademais, a criação indevida e sem critérios de Municípios ao longo dos anos foi ato político desatinado. Municípios sem quaisquer condições de ter arrecadação própria foram criados de forma tresloucada, o que levou a aumentar a deformidade do pacto federativo brasileiro. Virou verdadeiro aleijão.

O que se fazer, então, para consertar o que está torto? Estudar o pacto federativo de forma acurada para saber quais as soluções que daí se podem tirar em benefício da exata configuração de um modelo para o Estado brasileiro. Em primeiro lugar, há de ser definida a atividade de cada entidade política. Posteriormente, saber quais suas atribuições. Qual a competência que deve ter o Município? Caber-lhe-á cuidar das rodovias internas? E os rios que sejam municipais ou ainda

estaduais? Cabe-lhe aumentar sua competência em segurança pública, dando poder policial às guardas patrimoniais? E a saúde como fica? Será que convém atribuir ao Município a competência exclusiva para cuidar de setores básicos da saúde e o atendimento primeiro preventivo? E a educação? Convém deixar aos Municípios o ensino básico ou poderia a ele ser atribuída a competência para o fundamental? Qual o papel da União? Poderíamos a ela limitarmos sua configuração para deixá-la cuidar apenas da segurança externa, relações exteriores, ter seu próprio Judiciário, Ministério Público, Defensoria e tráfico de entorpecentes, constituindo uma polícia federal bastante efetiva?

Em suma: cabe ao estudioso da reformulação do pacto federativo estudar o papel de cada unidade federada. Após ponderáveis estudos a respeito, decidiríamos: qual a competência de cada qual. Apenas depois é que seriam fixados os recursos tributários de cada qual.

Com tal pretensão é que os autores podem se dizer cientes e conscientes da alta responsabilidade de seus estudos. Foi o que fizeram os autores desta obra. Todos da mais alta qualificação pessoal, profissional e acadêmica.

Se imaginarmos um Estado onde o privilegiado seja o Município, a operação constitucional será outra. Se ao Estado (uma vez que federação significa a união dos estados, cada qual com competências políticas e arrecadatórias próprias) é que incumbe a maior parte das atribuições, cabe-nos delimitar outro figurino à federal. Por fim, se quisermos manter a União como a maior responsável pelas atribuições federativas, incumbe estabelecer com precisão o que cabe às demais esferas jurídicas.

Esta preocupação de fazer o equilíbrio atribuição/arrecadação é essencial para que o Estado brasileiro funcione.

Há inúmeros autores que pensam em denominar tal revolução de municipalismo. Ora, as entidades federativas não podem entrar em conflito, o que é pressuposto da união. A secessão não pode ser objeto de indagação jurídica. Nem chegarmos ao extremo de pensar como os generais que pensavam em dar um golpe de estado e foram indagar a um jurista se era tal comportamento constitucional. O ridículo da pergunta leva ao ridículo da resposta. O que vale é o raciocínio jurídico partir da estrutura federativa que se compõe, como dizia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, da união indissolúvel de estados, possuindo cada qual sua competência política e tributária independente e com representação junto à União.

O que há, então, hoje no Brasil é a existência de uma federação. Só que federação caolha, torta, cambaia. Firmou-se um pacto de dominação política curioso. A parte tributária do leão fica com a União. Esta não tem interesse em abrir mão de seus recursos, porque os governadores ficam à mercê de recursos que lhes são transferidos. Não só pela forma vinculada, mas também pela maneira voluntária. A cada pedido de repasse de verbas, há a influência política, seja dos próprios go-

vernadores, seja dos deputados federais da base política local que ficam devedores do presidente da República. Controle odioso. Injusta estrutura federativa que leva à submissão dos Estados.

De seu turno, não há interesse em dar repasse aos Municípios, porque estes devem ficar devedores do governador de cada Estado.

Esta é a lógica do pacto federativo atual. Submissão. Pacto de sujeição.

Evidente que o federalismo fiscal serve como instrumento de distribuição de riquezas. Os fundos de participação permitem que tudo aquilo que se arrecada seja distribuído aos entes menores, o que lhes permite sobreviver, porque os tributos próprios são insuficientes para manutenção de suas atribuições.

Daí a importância do tema que foi estudado pelos excelentes autores, todos eles do mais alto porte intelectual e jurídico. Todos dotados do que se chama de “saber jurídico”, com preenchimento de condições de serem juizes e ministros de qualquer tribunal do país.

A leitura da obra será de leitura obrigatória para todos os que buscam aprofundar seus conhecimentos na realidade brasileira. A estrutura federativa fiscal tem reflexos em todos os ramos do conhecimento e das mais ardentes discussões do momento. Não se pode falar em meio ambiente, hoje, se falarmos em recursos para sua proteção. Em defesa do patrimônio nacional, sem se falar na reestruturação da polícia federal. Defesa das fronteiras e tráfico de entorpecentes, tudo passa pelo pacto federativo e pelo pacto fiscal.

Desnecessário ressaltar mais a importância da obra que é dada a lume. Essencial para a leitura de todos os que se preocupam com o Brasil e que se dedicam ao conhecimento não apenas da realidade brasileira, mas que buscam conhecer mais a fundo o que sucede com o Brasil

Os autores desta obra são juristas preocupados em redefinir atribuições e visualizar um novo país. Daí a obrigatoriedade da leitura do texto. Deve ser amadurecido e pensado por todos os leitores da obra.

Régis de Oliveira

Professor Titular da USP e desembargador aposentado.

Sumário

Prefácio.....	5
---------------	---

I - FEDERALISMO FISCAL NO DIREITO COMPARADO

Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada

<i>José Mauricio Conti.....</i>	<i>15</i>
---------------------------------	-----------

Federalismo fiscal no Brasil e na Argentina – breve análise

<i>Hygino Sebastião Amanajás de Oliveira.....</i>	<i>35</i>
---	-----------

II - FEDERALISMO FISCAL, AUTONOMIA FINANCEIRA E DESCENTRALIZAÇÃO

Federalismo e descentralização: características do federalismo fiscal brasileiro e seus problemas

<i>José Augusto Moreira de Carvalho.....</i>	<i>55</i>
--	-----------

Le clausole economiche nell'evoluzione degli ordinamenti federali: appunti per una riflessione sui percorsi dell'autonomia regionale italiana

<i>Luisa Cassetti</i>	<i>83</i>
-----------------------------	-----------

Federalismo fiscal e a separação dos poderes: análise das hipóteses de "relacionamento cruzado" entre os órgãos de poder dos diferentes entes da federação

<i>Wellington Márcio Kubliskas</i>	<i>103</i>
--	------------

III - REPARTIÇÃO DE RECEITAS, TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS E FUNDOS

Tribunal de Contas e os fundos constitucionais

Carlos Eduardo Faraco Braga..... 135

Mecanismos de otimização e critérios variáveis no federalismo fiscal brasileiro

André Castro Carvalho..... 165

Repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais

Celso de Barros Correia Neto 197

Transferências de recursos e participação na arrecadação tributária: uma abordagem jurídico-econômica a partir do federalismo cooperativo e assimétrico brasileiro

Sergio Papini de Mendonça Uchôa Filho 217

Promoção da equidade interjurisdicional no federalismo fiscal brasileiro: o papel dos fundos de participação

Flavio Rubinstein 243

IV - FEDERALISMO, GUERRA FISCAL E INCENTIVOS FISCAIS

Competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais

Fernando Facury Scaff e Alexandre Coutinho da Silveira 285

A repartição das receitas tributárias e os incentivos fiscais

Cesar Augusto Seijas de Andrade..... 303

Guerra fiscal, desigualdades regionais e federalismo fiscal no Brasil

Leonardo Alcantarino Menescal..... 327

Federalismo, ICMS e guerra fiscal

Lucas Bevilacqua..... 345

V - FEDERALISMO E DIREITOS SOCIAIS

Federalismo e políticas sociais na Constituição de 1988

Roberto Mercado Lebrão 361

Vinculação de recursos e desequilíbrios no financiamento da educação: potencialidades e limites da ação supletiva e redistributiva da união com o fim gradativo da DRU

Salomão Barros Ximenes 385

Direitos sociais e federalismo: a agonia do orçamento da seguridade social e o crescente endividamento dos entes subnacionais

Ricardo Pires Calciolari 407

VI - DÍVIDA PÚBLICA E FEDERALISMO FISCAL

Reflexos do endividamento nas relações federativas brasileiras

Rodrigo de Oliveira Faria 437

Dívida pública e federalismo

Jozélia Nogueira 461

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, TRANSFERÊNCIAS OBRIGATÓRIAS E INCENTIVOS FISCAIS

FERNANDO FACURY SCAFF¹
ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA²

A. Delimitação do tema

1. Fruto de recente acórdão do STF (RE 572.762/SC), surge um debate extremamente interessante, que deve empolgar as análises federalistas nos próximos anos. Diz respeito aos três temas entrelaçados no título deste trabalho: competência tributária, transferências obrigatórias e incentivos fiscais.

O ponto central do debate é saber se um ente federado, que possui competência tributária sobre certo tributo cuja receita é parcialmente transferida, pode reduzir sua incidência fiscal; e, se puder, em que medida pode fazê-lo. Sabendo-se que 25% da receita do ICMS, tributo estadual, é transferida aos Municípios, pode o Estado conceder isenção total daquele tributo, mesmo obedecendo às regras constitucionais, que exigem aprovação do CONFAZ para este tipo de benefício fiscal? Ou o conceito de “competência tributária” está restrito às receitas fiscais próprias, não alcançando as receitas transferidas?

O acima mencionado acórdão do STF, mesmo sem descer a minúcias, entendeu que o ente federado não pode isentar a parcela de receita a ser transferida. Inegavelmente, a decisão protegeu as receitas transferidas aos Municípios – ente menor de nosso sistema federativo –, mas poderemos dizer que se trata de uma regra geral, aplicável em todas as hipóteses?

1 Professor da Universidade de São Paulo e Professor da Universidade Federal do Pará (licenciado). Advogado.

2 Advogado, pós-graduando em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas.

Este trabalho pretende analisar de forma crítica tal entendimento do STF, a fim de verificar se a posição adotada pode ser utilizada em todas as hipóteses – e aí se tornar uma regra geral – ou se existem exceções que permitam dizer que apenas em específicos casos o referido entendimento pode ser adotado.

B. Notas sobre o conceito de “competência tributária”

2. A Constituição Federal outorga aos entes políticos a competência de tributar. Ao assim fazer, permite aos entes federados, dotados de recursos próprios, que alcancem a autonomia, constitucionalmente desejada, afastando qualquer possível flerte de submissão ao poder centralizado.

Esta competência, referida por Roque Carrazza como a faculdade (ou aptidão jurídica ou habilitação ou faculdade potencial) de editar leis para a criação, in abstrato, de tributos³, é tipicamente oriunda do texto constitucional, na medida em que importa na autorização, originária, para a instituição do tributo pelo Poder Legislativo do respectivo ente⁴.

Nesse contexto é que se mostra de grande valia a distinção – tão bem trabalhada na doutrina pátria – entre a outorga e o exercício da competência tributária. Aquela (outorga de competência), de ordem constitucional, primária/originária, simultânea ao estabelecimento das limitações ao poder de tributar; este (exercício da competência), posterior, decorrente da competência já outorgada, necessariamente observando seus limites, efetivamente exercitando ou se utilizando da aptidão que a Constituição Federal lhe garante.

Uma vez outorgada constitucionalmente a competência de tributar, cabe ao ente competente exercer este poder (faculdade, aptidão), instituindo efetivamente o tributo, ocasião em que deixa de ser abstrato/potencial, e passa a ser concreto/existente. A Constituição não cria tributos, apenas dá ao ente federado o poder de fazê-lo. Tudo, necessariamente, mediante a discussão e decisão na Casa Legislativa daquela pessoa jurídica de direito público interno.

Afinal, a tributação impositiva oriunda do Poder Público é nada mais que a autoimposição do custeio da atividade pública, do povo ao povo, através da Casa

3 CARRAZZA, Roque Antonio. A competência tributária dos estados membros diante da nova Constituição Federal. In *Revista de Direito Tributário*, n. 45, p. 46-47, jul./set. 1988.

4 NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119-120: “Em razão da soberania que o Estado exerce em seu território, dentre outros poderes, tem ele o poder de tributar. Porém, no Estado democrático de Direito, onde todo poder emana do povo, cabe aos constituintes como representantes deste juridicizar o exercício do poder, de tal sorte que, no caso da tributação, o poder de tributar se convola em *direito* de tributar, ou seja, no caso da Federação, cada esfera de governo somente poderá instituir o tributo para o qual recebeu da Constituição a respectiva competência, competência esta que terá que ser exercida dentro das limitações do poder de tributar”.

Legislativa da unidade federativa a qual cabe o exercício da competência tributária – no taxation without representation.

E a atividade legislativa estará – evidentemente – sujeita à observação rígida dos limites impostos pela Constituição. Não apenas os específicos da espécie tributária que se está a instituir, mas todas as limitações ao poder de tributar constantes da Carta. Toda a atribuição comporta uma limitação, dentro do plano geral/abstrato de outorga⁵.

Ao ente, assim, cabe instituir o tributo segundo a competência que lhe foi outorgada, sempre diante da necessária interpretação condicional mencionada acuradamente por Roque Carrazza, citando a lição Francisco Campos⁶. Ou não exercer a competência, deixando de criar a exação fiscal – como ocorre com a União e o Imposto sobre Grandes Fortunas (CF/88, art. 153, VII) –, de acordo com estipulações de cunho político.

3. A competência tributária, nos moldes acima – em célere suma –, é repartida na Magna Carta, que lhe concede partes a todos os entes políticos.

Ao garantir o poder de tributar, a Constituição Federal adota uma via política para assegurar os meios necessários à consecução dos objetivos previstos na própria Lei Maior, assim como nas Constituições dos Estados, das Leis Orgânicas Municipais e do Distrito Federal, e das leis locais⁷.

É claro que, para realizar os objetivos a que se propõem, os entes devem ser dotados de recursos. E é nessa perspectiva que se insere a outorga de competência tributária. Para permitir que os entes produzam finanças próprias.

Não por outra razão, diz-se que a competência tributária é privativa e indelegável. É privativa porque o ente a quem se dirige é titular daquele poder de tributar, exclusivamente. Não cabe a qualquer outro ente, em qualquer situação, exercer a referida faculdade, sendo-lhe absolutamente vedado. Ainda que o ente não a exerça, não é dado a qualquer outro instituir o tributo, invadindo a competência alheia.

5 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 272.

6 *Op. cit.*, p. 48: “O legislador encontra outro limite nos grandes princípios constitucionais, que também não podem ser violados. É o caso dos princípios republicano, federativo, da autonomia municipal, da segurança jurídica, da irretroatividade, da anterioridade etc., que operam como balizas intransponíveis à tributação. Guiam a ação estatal de tributar, que só será válida se observá-los todos. Esta colocação traz à tona a célebre frase de Francisco Campos: ‘cada dispositivo da Constituição deve ser entendido no condicional’. Assim, o tributo é válido, se for criado por meio de lei; se esta lei tiver sido editada de acordo com o devido processo legislativo (constitucionalmente traçado); se esta lei atender ao princípio da igualdade; se esta lei for irretroativa; se esta lei estiver dentro do campo tributário da pessoa política que a editou; se esta lei observar o princípio da anterioridade; e, assim avante”.

7 Rui Barbosa Nogueira (*op. cit.*), p. 127: “Para a partilha dos impostos entre as diversas esferas de poder dentro da Federação, o constituinte deve ter em vista não só a natureza de cada imposto, em espécie, mas também a sua adequação em relação às respectivas atribuições e encargos de cada esfera de governo. O imposto é captação de riqueza, mas também pode ser instrumento jurídico de regulatividade”.

E é indelegável, na mesma linha, porque a vedação referida vale mesmo contra o próprio titular, caso este pretenda, por qualquer espécie de contratação ou mesmo autorização legal, passá-la a terceiro. É o próprio quadro de divisão constitucional que proíbe que a competência seja passada a outro.

Quer dizer: por mais que o Município deixe de instituir o Imposto Sobre Serviços, o que é sua faculdade constitucional, a União ou os Estados nunca poderão, tomando para si o poder de tributar, criar o imposto em substituição ao ente municipal.

C. Competência tributária e transferências obrigatórias

4. Não é apenas na competência tributária específica, outorgada a cada ente federativo, que reside a obtenção de recursos e a defesa constitucional da autonomia: a Constituição, no seu artigo 157 e seguintes, ordena – pois não se trata de ato voluntário – que parte das receitas de impostos (e da CIDE-Combustíveis) da União seja repartida entre Estados, Municípios, e o Distrito Federal. Bem assim que parte das receitas de impostos dos Estados seja repartida entre os Municípios. A essas transferências obrigatórias a doutrina financeira denomina de Receitas Transferidas – as quais podem se dividir em Transferências Obrigatórias e Transferências Voluntárias. Nosso objeto de estudo nesta monta são as Transferências Obrigatórias.

Não há, na proposição acima, qualquer quebra dos princípios da privatividade e indelegabilidade previstos no conceito de “Competência Tributária”. Aos entes beneficiários das Transferências Obrigatórias não é dado instituir ou efetivamente cobrar os tributos que não são de sua competência. Tais entes federativos possuem apenas o direito de receber parcela do produto da arrecadação tributária.

Resta íntegra a competência tributária do ente arrecadador, e que deverá proceder à partilha. Nem mesmo há ingerência no exercício desta competência, pois a partilha ocorrerá sobre o produto da arrecadação. Há repartição de receita e não repartição de competência.

Essa premissa, contudo, importa em afirmar que o ente competente é livre para efetivamente arrecadar conforme apenas seu talante? Ou, em outras palavras: ainda que remanesça íntegra a competência, é dado ao ente competente renunciar livremente – ou diminuir ou restringir – a sua arrecadação, considerando a possibilidade de malferir a mencionada autonomia financeira dos entes beneficiados com a partilha? É o objeto deste trabalho.

A questão é complexa e conta com expressivo precedente do Supremo Tribunal Federal. Antes, porém, de passar à sua análise, cumpre observar, ainda que brevemente, tema de grande relevância à discussão: o pacto federativo, a sua instalação constitucional, e o seu desenvolvimento no correr dos 21 anos desde a promulgação da Constituição Federal.

D. Notas sobre o federalismo fiscal no Brasil pós-88

5. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o pacto federativo no Brasil, em três esferas: União, Estados e Distrito Federal, e Municípios.

Referidos entes políticos formam, em união indissolúvel (art. 1º), a República do Brasil, que se apresenta como Federativa já na nomenclatura.

O legislador constituinte, assim, considerou relevantíssimo o pacto federativo na estrutura de Estado brasileiro, alçando-o inclusive a cláusula pétrea, não podendo ser abolido sob qualquer pretexto (art. 60, § 4º, I).

Conferiu-lhes autonomia política e administrativa, fazendo-os partes autônomas integrantes da estrutura político-administrativa da República (art. 18).

Deu-lhes autonomia de gestão e legislativa, ditando-lhes competências próprias (arts. 21, 22 e 30), comum a todos (art. 23) e concorrente (art. 24).

E estabeleceu a autonomia financeira de duas formas, como referido acima: outorgando competência tributária própria, privativa e indelegável; e determinando a repartição de parte da receita da União com os Estados, Distrito Federal e Municípios, e a repartição de parte da receita dos Estados com os Municípios – formando aquilo que se convencionou chamar de federalismo cooperativo a promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes políticos⁸.

A Constituição Federal de 1988, por sua ampla distribuição de competência legislativa (assim como de competência tributária), quis estabelecer federalismo de equilíbrio – nem centrífugo, nem centrípeto –, equalizando os poderes de cada ente federado – embora deva-se ressaltar a objeção de Ives Gandra da Silva Martins, quando afirma que, apesar de os entes periféricos terem sido amplamente favorecidos com as repartições constitucionais, “não cuidou o constituinte de impor também uma descentralização administrativa”⁹.

E, assim, estabeleceu a vedação de isenções heterônomas (art. 151, III), proibindo a União de estabelecer isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, privilegiando fortemente sua autonomia.

Como também vedou a retenção ou qualquer restrição ao repasse da parcela de produto da arrecadação, na repartição das receitas tributárias (art. 160, com a exceção do seu parágrafo único). E previu até mesmo o instituto da intervenção federal nos Estados que deixarem de repassar esta verba aos respectivos Municípios –

8 SCAFF, Fernando Facury. Aspectos financeiros do sistema de organização territorial do Brasil. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 112, p. 21, jan. 2005.

9 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema tributário nacional na Constituição de 1988*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 254.

máxima supressão de independência, mas necessária à preservação da ordem caso descumpridos os preceitos fundamentais do pacto federativo¹⁰ (art. 34, V, b).

Tudo conduzindo ao perfeito equilíbrio e harmonia da federação, garantindo ampla autonomia aos Estados e Municípios, que também seriam equânimes em matéria de competência legislativa e igualmente agraciados com suficiente autonomia financeira oriunda das competências tributárias próprias e repartidas das receitas de outros entes.

6. Contudo, vislumbra-se no presente uma guinada nos rumos do pacto federativo brasileiro.

A Carta Magna, já promulgada há mais de 21 (vinte e um) anos, sofreu alterações, e também pela utilização de outros meios acompanha-se fenômeno que pode ser identificado como retorno a posições mais centralistas, com a balança federativa pendendo em favor da União, em detrimento de Estados e, principalmente, Municípios.

Observe-se, oportunamente, a doutrina de Marcos Nóbrega:

No que se refere à autonomia dos entes federados, é sabido que a imposição de modelos de gestão fiscal da dimensão do nosso, em federações tão descentralizadas como a brasileira, é tarefa difícil e que inevitavelmente requer o estabelecimento de regras rígidas por parte do Governo Central. Essas regras são impostas no caso brasileiro, por exemplo, pelo contingenciamento de receitas determinado pelo Fundo Social de Emergências (Emenda Constitucional de Revisão nº 01; prorrogada pela EC nº 10 e novamente pela EC nº 17); Emenda Constitucional nº 16 (FUNDEF), ou mesmo a Emenda Constitucional nº 29 (vinculação de recursos para a saúde). Além disso, a legislação infraconstitucional completa esse quadro, dos quais são exemplos a Lei Complementar nº 87 (Lei Kandir), que desonera da tributação de ICMS os produtos da pauta de exportações, determinando perda de receita para os Estados (e, por tabela, os Municípios) e, principalmente, a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF).

(...)

Dessa forma, diante, entre outras coisas, do diagnóstico de que a descentralização fiscal inaugurada em 1988 não foi suficiente para maior eficiência do gasto público, o governo Fernando Henrique Cardoso implementou um ousado programa de reestruturação fiscal que culminou com o 'deslocamento' do pêndulo fiscal mais uma vez em favor da União.¹¹

10 José Alfredo de Oliveira Baracho (*Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 87-88): "O mecanismo da intervenção federal é tido como instrumento de defesa e não de detrimento da autonomia local. É obrigação do governo federal garantir que os Estados gozem do exercício livre de suas instituições, que se materializa, em ocasiões anormais, através da intervenção federal (...) Convém repetir, com a doutrina que a União deve assegurar o *vinculum foederis*, utilizando inclusive o meio hábil para afastar as causas que possam perturbar a estabilidade federal. Entretanto, para que haja sobrevivência da federação, é preciso que este instrumento constitucional seja utilizado dentro das previsões normativas que não sejam objeto de desfiguração do Estado federal".

11 NÓBREGA, Marcos. Federalismo seletivo e equalização fiscal: o novo modelo de gestão fiscal e o impacto nos entes subnacionais. In FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 174-175 e 188-189.

Quer-se dizer, assim, que diante da má gestão fiscal está ocorrendo movimento de centralização do poder estatal, retirando parte da autonomia dos entes subnacionais, seja de gestão/administrativa, seja financeira.

Nesse mesmo sentido, cabe mencionar o já conhecido fenômeno de “desinteresse” da União pela arrecadação de algumas espécies tributárias (notadamente Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados, mas também ITR, IOF e CIDE-Combustíveis), eis que grande parte do produto da arrecadação deverá ser repartida com outros entes. Passou a União então a centrar sua atenção nas contribuições¹² (sociais e de intervenção no domínio econômico), cuja arrecadação vem galopando, em estatísticas que saltam aos olhos, justamente porque sua receita é renda própria e insuscetível de repartição¹³.

Tanto assim é que, muito embora teoricamente vinculados diretamente ao orçamento da Seguridade Social, PIS, COFINS e CSLL (sem contar com a contribuição previdenciária), responderam em 2008 por 6,4% do PIB nacional. Enquanto os tributos federais com maior arrecadação (IR e IPI), cuja soma deveria ser muito superior justamente porque visam o financiamento de todas as demais atividades a serem desenvolvidas pelo Estado, e não apenas a Seguridade Social, alcançam o montante de 8,08%¹⁴. Em 2000, esses coeficientes já eram de 7,2% (IR + IPI) e 5,2% (COFINS+CSLL+PIS/PASEP)¹⁵.

Some-se, ainda, a essa situação, as sucessivas prorrogações da DRU (Desvinculação das Receitas da União), que tem previsão no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias (ADCT, arts. 71, 72 e 76). É o instrumento que legitima a conduta suprarreferida, na medida em que possibilita que as receitas vinculadas, oriundas de tributos causais, tornem-se despesas não vinculadas, que podem ser manipuladas no orçamento público para custear despesas gerais – o que caberia apenas aos impostos, com as contribuições servindo especificamente aos fins para

12 Fernando Facury Scaff, *op. cit.*, p. 21: “Um dos primeiros dilemas atualmente existentes no sistema de Federalismo Participativo brasileiro é o de que a União, que centraliza a arrecadação de vários impostos que devem ser partilhados por força da Constituição, se desinteressou em aumentá-los, criando e majorando outros tributos que não possuem este compartilhamento. Assim, gozando da possibilidade de criar *contribuições*, a União aumenta sua arrecadação própria por meio delas, e não mais do Imposto sobre a Renda, ou mesmo do Imposto sobre Produtos Industrializados”.

13 Com exceção da CIDE-Combustíveis, conforme mencionado acima.

14 Fonte: Carga Tributária no Brasil – 2008 (Análise por tributos e bases de incidência). Estudo da Coordenação-geral de estudos, previsão e análise, da Subsecretaria de tributação e contencioso da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2008.pdf>. Responsáveis técnicos: Irailson Calado Santana e Murilo Moreira Duarte.

15 Fonte: Carga Tributária no Brasil – 2000. Estudo da Coordenação-geral de estudos econômico-tributários da Secretaria da Receita Federal, Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/13CargaTributaria2000.pdf>. Coordenadora-Geral Andréa Lemgruber Viol.

os quais foram criadas (CPMF: saúde; COFINS: Seguridade Social; PIS: Integração Social; CSLL: Seguridade Social; e assim em diante)¹⁶.

7. E a discussão toma ainda mais relevo na situação hodierna especificamente com a passagem do (ápice) da crise econômica mundial do segundo semestre de 2008.

Observando, em outro passo, a postura brasileira diante da crise que teve picos em 2008, especialmente diante do quadro de arrecadação tributária da União no primeiro semestre de 2009, concluiu o IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, que:

As medidas tributárias federais de combate à crise econômica resultaram numa queda nominal de arrecadação de R\$ 7,92 bi (R\$ 9,44 bi corrigidos pelo IPCA), sendo R\$ 4,50 bi de IPI (R\$ 5,38 bi corrigidos pelo IPCA), R\$ 1,03 bi (R\$ 1,50 bi corrigidos pelo IPCA) de IOF e R\$ 2,39 bi (R\$ 2,50 bi corrigidos pelo IPCA) de CIDE-Combustíveis.¹⁷

Observa-se, pois, claramente, que as receitas tributárias “sacrificadas” – ou seja, aquelas inclusas no pacote de combate à crise – têm seu produto sujeito à repartição: IPI (art. 159, II), IOF (art. 153, § 5º) e CIDE-Combustíveis (art. 159, III). O que, apesar de poder ser explicado através do caráter regulador desses tributos, demonstra que Estados e, principalmente, Municípios, tiveram significativas perdas, fragilizando sua autonomia financeira e indicando movimento “centralizador” do federalismo pátrio¹⁸.

A diminuição das suas receitas financeiras (oriundas dos repasses, divergindo das receitas tributárias, oriundas da competência própria) conduz à necessidade de cada vez maior de obter transferências voluntárias, especialmente oriundas da União.

Estas transferências – voluntárias, não decorrentes de ordem constitucional, mas de programas específicos – já representam relevante parte das receitas públicas de muitos Municípios¹⁹.

16 Sobre este tema deve-se consultar o livro *Justiça Constitucional e Tributação*, em especial a 3ª parte, que versa sobre *A Desvinculação de Receitas da União e a Supremacia da Constituição*, de Fernando Facury Scaff e Antonio Maués, SP, Dialética, 2005.

17 Fonte: Carga Tributária Brasileira – Primeiro Semestre de 2009. Estudo do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário e do IGTA – Instituto de Governança Tributária. Coordenação de Gilberto Luiz do Amaral, João Eloi Olenike, Letícia Mary Fernandes do Amaral e Fernando Steinbruch. Disponível em: http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/13737/185.pdf.

18 Jornal “O Estado de S. Paulo” de 03.01.2010, pág. A4: “Em 2009, prefeituras perdem R\$ 1,6 bi com queda nos repasses de fundo”. “Com menos dinheiro do que previam em caixa, pelo menos 40% das prefeituras devem ter problema com pagamento de despesas essenciais nesse início de ano e ainda terem seus administradores penalizados por descumprirem os limites mínimos e máximos de gastos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). A previsão é da Confederação Nacional dos Municípios (CNM)”.

19 A fórmula adotada pela União para compensar a perda de arrecadação com as transferências obrigatórias, fruto da desoneração fiscal anticíclica, foi a de criar um sistema de transferências voluntárias batizado de

Contudo, por assim ser, acabam por se tornar “moeda de troca”²⁰, e ainda representam grande perigo à autonomia dos entes políticos, na medida em que a dependência dessas transferências não obrigatórias induz inequívoca submissão – esta manifestamente rejeitada pela Constituição vigente, que afinal estabelece seu caráter federalista desde as primeiras linhas.

Não é despendendo recordar que a vedação de recebimento de transferências voluntárias é a principal sanção imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Lei Complementar nº 101) aos entes que descumprem seus mandamentos (art. 11, parágrafo único; art. 23, § 3º, I; art. 25, IV, e alíneas; art. 31, § 2º; art. 51, § 2º etc.).

Logo, sendo a própria LRF fator de redução da autonomia – afinal, intervém na forma de gestão, determinando muitas vezes de forma exaustiva como as verbas devem ser aplicadas, retirando parte da discricionariedade do gestor –, e prevendo em diversas situações a vedação de recebimento de transferências voluntárias, que se constituem muitas vezes em relevante fonte de receitas, avizinha-se o prejuízo à autonomia e, assim, ao pacto federativo.

Tome-se como exemplo o Estado do Acre. No ano de 2007, conforme Balanço fornecido pelo Poder Executivo estadual, em seu site na internet²¹, sua Receita Tributária alcançou pouco mais de R\$ 430.000.000,00 (quatrocentos e trinta milhões de reais).

No mesmo período, as transferências voluntárias oriundas da União totalizaram cerca de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais)²², representando mais de 10% (dez por cento) – o que se pode chamar, sem dúvida, de relevante participação nas receitas estaduais. Nem se fale, então, nas receitas municipais, que não possuem em sua competência um tributo da estatura econômica do ICMS. No mesmo período, apenas os repasses oriundos do Fundo de Participação dos Estados (sem contar com outros repasses de natureza constitucional, como da CIDE-Combustíveis, que gerou mais de R\$ 10 milhões) responderam por mais de R\$ 1 bilhão aos cofres do Estado do Acre²³. Mais do que o dobro da arrecadação tributária total do Estado.

AFM – Apoio Financeiro aos Municípios, através do qual já foi financiado R\$ 1,8 bilhão em 2009, cf. jornal “O Estado de S. Paulo” de 03.01.2010, pág. A4. A Lei que instituiu este auxílio é a 12.058, de 13 de outubro de 2009, fruto da conversão da MP 462.

20 Marcos Nóbrega, *op. cit.*, p. 189: “Por outro lado, cresceram as transferências voluntárias (sobretudo convênios) repassadas pela União a Estados e Municípios. Tais transferências, em essência, teriam a função de fechar o *gap fiscal* e dirimir distorções intrínsecas do sistema tributário. No entanto, se transformaram em ‘moeda política’ ensejando a ‘preguiça fiscal’, sobretudo nos Municípios que foram grandes beneficiados por esse mecanismo, muitas vezes perverso, de redistribuição de recursos”.

21 Em: http://www.ac.gov.br/images/stories/balanco/gestao2007/rebalcon_2007.pdf

22 Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional. Estatísticas – Série histórica [1997-2009]. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/transferencias_voluntarias.asp.

23 Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em:

Os números se prestam à aquisição de perspectiva no debate. E falam por si quando o tema é relevância das fontes para manutenção da autonomia financeira dos Municípios e a forma de financiamento de suas atividades essenciais dentro do plano federativo.

E. A posição do STF: RE 572.762/SC e algumas perplexidades

8. Concentremo-nos agora na decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou, em junho/2008, Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina, que visava à reforma de decisão do Tribunal Estadual, em ação movida pelo Município de Timbó (RE 572.762/SC). O ente municipal impugnou dispositivo do PRODEC – Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense, que outorgava incentivo fiscal através da postergação do recolhimento do ICMS por 05 anos – reconhecido ainda o repasse do produto da arrecadação a agentes financeiros, por financiamento de 75% do valor do imposto, com devolução em até 5 anos, e escrituração como receita tributária de apenas 25% do imposto devido. O incentivo, conseqüentemente, provocou adiamento do repasse constitucional (art. 158, IV, da CF/88) que beneficia diretamente os entes municipais.

No caso, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena e de forma unânime, decidiu em favor da autonomia dos entes federados, declarando que o Estado não poderia conceder benefícios fiscais referentes à parcela da receita que deveria ser transferida aos Municípios.

Vale a transcrição de trechos dos votos que de forma destacada espelham o entendimento adotado pelo Tribunal:

Ministro Relator – Ricardo Lewandowski

“É o caso da parcela do ICMS mencionada no art. 158, IV, da Carta Magna, que, embora arrecadada pelo Estado, integra de jure o patrimônio do Município, não podendo o ente maior dela dispor a seu talante, sob pena de grave ofensa ao pacto federativo, de resto, sanável, mediante o emprego da ultima ratio do sistema, qual seja, o instituto da intervenção federal, prevista, para tais hipóteses, no art. 34, V, b, da Carta Magna” (...)

[*Em aparte ao voto do Min. Carlos Britto*] “Permito-me usar uma expressão popular. O que ocorre, no caso, é que o Estado está fazendo cortesia com o chapéu alheio, na verdade. Ninguém duvida que os Estados possam, mediante lei complementar, conceder incentivos ou benefícios fiscais – quaisquer que sejam eles –, desde que acordados comumente. Não se admite é que instituem benefícios ou se concedam isenções ou estabeleçam programas para auxiliar empresas com a parcela de tributo – conforme Vossa Excelência muito bem disse – pertencente ao Município” (...)

[*Respondendo ao Min. Carlos Britto se os incentivos fiscais devem ser feitos com exclusão da parcela de repartição tributária, de forma que o ente arrecadante não tem a disponibilidade do total da receita do imposto, mas somente da percentagem não destinada constitucionalmente ao*

repassa] “É claro. Para mim não há dúvida com relação a isso. Data venia, não posso pagar uma esmola com a ajuda de Vossa Excelência”.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

[Respondendo ao argumento de que o direito dos Municípios se limita ao valor efetivamente arrecadado] “Se fosse assim, nós estaríamos deixando ao Estado estabelecer qual o percentual que iria ser repassado aos Municípios. E isso, evidentemente, viola a disciplina constitucional”.

Ministro Carlos Britto

“De fato, não se pode falar em autonomia municipal sem autonomia tributário-financeira, que, aliás, é suporte da autonomia político-administrativa de qualquer das atividades federativas. É certo que a Constituição, no artigo 158, inciso IV diz que ‘pertencem aos Municípios’, ou seja, se o tributo, ICMS, é de titularidade estadual – o Estado titulariza, cria, impõe, fiscaliza e arrecada o tributo –, uma parte da receita, por expressa designação constitucional, é dos Municípios” (...)

“Há um condomínio federativo (...) no plano das receitas” (...)

“E essa verba é tão pertencente aos Municípios que a Constituição chega a apenas o Estado com intervenção federal se a respectiva entrega aos Municípios deixar de ser feita” (...)

Ministro Cezar Peluso

“Ele [Estado] diminui o produto da arrecadação mediante artifício consistente em deixar de atribuir ao Estado uma parcela que lhe pertence pela Constituição, embora isso tenha finalidade fiscal importante. Mas isso deve ser feito com base nos setenta e cinco por cento que pertencem ao Estado. Isto é, o valor dos repasses não pode ser deduzido do montante sobre o qual é calculada a parcela pertencente aos Municípios”.

Ministro Celso de Mello

“Tenho para mim – ao reconhecer que existe, em favor da autonomia municipal, uma ‘garantia institucional do mínimo intangível’ (PAULO BONAVIDES, ‘Curso de Direito Constitucional’, p. 320/322, item n. 7, 12ª ed., 2002, Malheiros) – que o art. 29 da Constituição não autoriza a utilização de recursos hermenêuticos cujo emprego possa importar em grave vulneração à autonomia constitucional dos Municípios, especialmente se se considerar que a Constituição da República criou, em benefício das pessoas municipais, um espaço mínimo de liberdade decisória que não pode ser afetado, nem comprometido, em seu concreto exercício, por ingerências normativas de outras entidades estatais, como sucederia, na espécie, se acolhida a inadmissível pretensão ora deduzida pelo Estado de Santa Catarina. Concluo o meu voto, Senhor Presidente, reconhecendo que a repartição constitucional de receitas tributárias qualifica-se como um instrumento necessário e essencial à preservação da integridade da autonomia do Município, compreendida esta em sua dimensão e projeção financeiras”.

Necessário observar que o Plenário da Suprema Corte foi além do objeto da controvérsia, para afirmar explicitamente que mesmo isenções e benefícios fiscais só podem ser concedidos com a parcela da arrecadação que não se destina à repartição. É bem verdade que se tratava de um diferimento por longuíssimo prazo, semelhante a um empréstimo realizado pelo Poder Público à empresa privada ou, observando a nomenclatura tributária, uma isenção parcial.

9. É nítido o conflito entre esta decisão e o conceito de “competência” acima delineado.

O STF determinou que a atribuição de competência tributária somente seria exercida sobre a parcela de “receita própria” e não sobre a parcela de “receita transferida”. A partir da decisão do STF foi efetuado um “recorte epistemológico” no conceito de “competência tributária”, pois até então sua compreensão alcançava todos os aspectos referentes ao tributo (aspectos quantitativo, temporal, material e pessoal) e agora só compreende a parcela referente à sua receita própria, e não à receita transferida.

Quais as consequências se esta decisão for levada aos seus extremos e passar a ser utilizada com um tipo de aplicação “tudo ou nada”? Analisemos alguns aspectos que podem ter profunda alteração com a implementação *tout court* desse entendimento.

Observe-se que nesta seara existem muito mais perguntas e reflexões do que propriamente respostas – quanto mais respostas exatas – pois a modificação adotada pelo *leading case* ora sob análise é substancial e gera uma enormidade de perplexidades e dúvidas, como será visto adiante.

10. Será que esta decisão se aplica às receitas transferidas pela União aos demais entes subnacionais? Observe-se que o *leading case* acima referido trata apenas da relação entre Estado e Município.

Não há nada que possa nos levar a responder a questão acima formulada de maneira a distinguir as duas espécies de relação, entre Estados e Municípios e entre a União e os demais entes subnacionais.

Logo, mantido o *leading case*, ele deve ser estendido às receitas transferidas pela União a Estados e Municípios, seja por transferências indiretas/rateadas, através de Fundos (FPM, FPE), seja de forma direta a ente específico, como no caso do ITR na hipótese prevista no art. 158, II, CF.

11. Será que haverá diferença quanto aos tributos regulatórios, onde o aspecto extrafiscal suplanta o simplesmente arrecadatório?

Embora a decisão referida tenha tratado da relação entre o Estado e os Municípios – ou seja, do impacto financeiro sobre as receitas do FPM que são concentradas em um tributo predominantemente arrecadatório, o ICMS –, poder-se-ia extrapolar esse entendimento para a relação entre a União e os demais entes subnacionais, em que as receitas transferidas alcançam parcela de um tributo predominantemente extrafiscal, que é o IPI.

Caso possa haver tal extrapolação, toda alteração efetuada pela União nos tributos regulatórios que fossem compartilhados deveria ser apenas em sua parcela de receita própria e não naquela a ser transferida.

Caso esse entendimento prospere, a margem de manobra para a implementação de políticas fiscais pela União se reduz substancialmente.

12. Por outro lado, será que somente alterações na alíquota da hipótese de incidência é que gerarão esta limitação à abrangência da competência tributária?

Como é sabido, o aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária alcança duas dimensões: a alíquota e a base de cálculo. O acórdão em debate tratou da alíquota – estabelecendo que os benefícios fiscais não podem alcançar a parcela de receita transferida.

Poderia esse entendimento ser utilizado para eventuais reduções da base de cálculo?

Imaginemos a seguinte situação: o Imposto sobre a Renda incide na Fonte para quem recebe remuneração acima de R\$ 1.500,00 por mês. Poderiam os entes federativos titulares da receita transferida que decorre da partilha do IR reclamar sua parte nesse “recorte de base de cálculo”?

A primeira impressão é que não seria possível, pois o conceito de competência tributária engloba a possibilidade de decisão política sobre o que deve ser passível de tributação. Porém, tal aspecto não ficou claro na decisão referida, a qual permite uma amplíssima gama de interpretações extensivas.

13. E no que tange ao aspecto pessoal da hipótese de incidência? O conceito de “competência tributária” recortado epistemologicamente pela decisão em comento também o atingiu?

Observe-se que antes dessa decisão era pacífico que competia à União dispor sobre diversos impostos, entre os quais são objeto de transferências o IR, o IPI, o ITR (art. 158, II, CF) e o IOF (art. 153, § 5º, CF). Regra semelhante atribuía ao Estado o poder de dispor sobre o ICMS – igualmente compartilhado.

A palavra “dispor” implicava em atribuir “competência tributária” sobre aquele tributo, como referido acima. Ou seja, havia a “outorga” constitucional de competência e o ente federativo ao qual esta havia sido atribuído se encarregava de “exercê-la”, nos termos, tempos e modos que politicamente lhe aprovesse.

Será que o alcance de tal “disposição” se mantém in totum? Se parcela do tributo que deve ser transferido é “de propriedade” do ente que deve recebê-la, consoante decisão do STF, será que a competência fiscal, sob o aspecto pessoal – sujeito ativo da hipótese de incidência – mantém íntegro seu alcance? Ou recortado para alcançar apenas as receitas próprias?

Adotado o entendimento do STF, seria mesmo possível aos entes titulares de receitas transferidas expedirem um documento de cobrança próprio para receberem diretamente sua parte na arrecadação, deixando de lado o trânsito financeiro entre o Fisco transferidor e o transferido. Assim, poderia o Município expedir um documento de arrecadação próprio para os proprietários de veículos automotores pagarem 50% do IPVA diretamente em sua conta; afinal, a despeito de o IPVA ser de competência estadual, 50% deve ser transferido aos Municípios cujos veículos

forem licenciados (art. 158, III, CF). Assim, para que haveria o trânsito financeiro do dinheiro?

Adotado o entendimento acima exposto, poderia mesmo o ente federado, titular da receita transferida, passar a dispor sobre outros aspectos referentes à arrecadação do tributo. Seguindo o exemplo acima idealizado, o Município poderia estabelecer um prazo mais dilatado que o Estado para a parcela de 50% que lhe cabe de IPVA. Se a receita transferida lhe pertence – segundo o entendimento do STF – o que lhe impediria de fazê-lo?

15. Para encerrar este rol de cogitações sobre as repercussões do entendimento do STF de modo peremptório, aponta-se o completo esvaziamento do art. 160 da CF, em especial o seu parágrafo único. Este artigo, como é sabido, impede que haja qualquer restrição à transferência dessas receitas por parte do ente federativo que as arrecada ao que as receberá. Todavia, seu parágrafo único permite que seja exercitada essa restrição pelos entes transferidores em duas hipóteses: para recebimento de seus créditos e o de suas autarquias, e para obrigar os entes recebedores a aplicar o percentual mínimo anual em recursos no setor de saúde.

Ora, deixando de existir receitas transferidas, deixará de ter função o parágrafo único do art. 160, CF, pois os titulares dessas receitas poderão recebê-las diretamente dos sujeitos passivos.

F. Contraponto à posição do STF

16. Na análise do caso foi apenas tímida e perifericamente consignado (mesmo porque não constituía fundamento do Recurso) que o Programa instituído pelo Estado de Santa Catarina foi construído à margem das normas constitucionais. Não pela renúncia fiscal plena, mas por não ter tido a autorização do Confaz para fazê-lo. Assim, em vez de analisar de forma direta o problema, a questão foi debatida de forma apenas transversa, penalizando a segurança jurídica e distorcendo o sistema financeiro e tributário constitucional.

O conceito de receitas transferidas sairia fortemente abalado caso adotado o entendimento do STF em todas as situações acima descritas. E os aspectos federativos sofreriam grande impacto, pois em vez de termos competências tributárias tal como conhecemos hoje, em que é transferido ao ente federativo o poder-dever de “dispor” sobre aquela incidência constitucionalmente permitida, surgirão tantas incidências e novas relações quantas forem imaginadas entre os novos titulares desta “competência transferida” e a parte que restou da “competência originária” tal qual a conhecemos até então.

Certamente não faltará oportunidade para o STF melhor explicitar seu entendimento acerca desse assunto, quando então poderá esclarecer algumas das repercussões referidas acima – ou mesmo, se for o caso, voltar à posição anterior ao

Acórdão RE 572.762/SC, quando as receitas transferidas eram apenas o que o nome indica: receitas arrecadadas por um ente para serem transferidas a outro, sem que este tivesse qualquer disposição sobre elas.

No horizonte da jurisprudência constitucional existe, pelo menos, a ACO 758, em que o Estado do Sergipe discute se os programas do Governo Federal PIN (Programa de Integração Nacional) e PROTERRA (Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste) devem ou não ser usados na base de cálculo das receitas transferidas. Esses programas são financiados por percentual das importâncias deduzidas do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas para aplicação a título de incentivo fiscal. Ocorre que, na base de cálculo dos valores a repassar ao Fundo de Participação dos Estados, esses valores não são considerados. A Secretaria do Tesouro Nacional não os entende como arrecadados, estando assim insuscetíveis de adentrar no montante a ser repartido – fazem parte da “Arrecadação Bruta”, enquanto a partilha ocorrerá sobre a “Arrecadação líquida”²⁴.

O feito foi levado a julgamento em 29.04.2009, tendo o Relator (Min. Marco Aurélio) votado pela procedência da ação, nos mesmos moldes acima demonstrados: com base na autonomia municipal, que conduz à impossibilidade de o ente arrecadante impor qualquer restrição que leve à diminuição do valor a ser repartido. Foi seguido pelos Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto.

Iniciou divergência o Min. Menezes Direito, acatando a dedução promovida pela União, especialmente diante do fato de ser decorrente de uma opção do contribuinte – deixando assim de entrar nos cofres públicos como receita vinculada²⁵.

Contudo, revela-se de maior interesse o voto do Min. Eros Grau que, seguindo a divergência, argumentou em favor da União com base na inteireza da competência tributária própria. Ponderou, mais, que a autonomia financeira dos entes periféricos não pode ser alçada a tal importância que, de outra banda, acabe por ferir a autonomia financeira do ente central²⁶. O julgamento foi interrompido por pedido de vista da Min. Ellen Gracie.

Com a devida vênia, parece correta a divergência. Não especificamente ao caso concreto, mas à condução a ser dada à matéria²⁷.

24 Ver *Demonstrativo das Transferências das Receitas Federais*, em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/transferencias_constitucionais.asp.

25 Informativo nº 544 do STF.

26 Conforme Notícia do Supremo Tribunal Federal, datada de 29.04.2009, em que consta: “A tese de que a União não poderia desenvolver programas de incentivo porque com isso comprometeria a autonomia do estado acaba comprometendo a autonomia da própria União. O titular da competência tributária é a União”.

27 Apreciando hipótese idêntica, decidiu o TRF1: “É de se salientar que os programas PIN e PROTERRA são incentivos regionais que implicam em renúncias de receitas, com destinação própria e contabilização específica, o que significa dizer que não são incorporados ao patrimônio da União, razão pela qual não podem ser incorporadas à base de cálculo ao Fundo de Participação dos Municípios-FPM. Neste contexto, não há

O tema não prescinde de acurada análise sob o viés da competência tributária outorgada constitucionalmente. Competência esta cujo exercício é pleno, irrenunciável, inaducável, inalterável e, principalmente, privativo e facultativo.

17. Retorne-se à doutrina de Roque Carrazza: “tudo gravita em torno da decisão política da entidade tributante, a ser tomada por meio de lei”²⁸.

Quer parecer que “quem pode mais, pode menos”. Ora, se a competência tributária outorgada aos entes lhes possibilita titularizar privativamente a aptidão de instituir e arrecadar o imposto, podendo até mesmo não fazê-lo em absoluto, não se há de negar que lhe é dado, também, otimizar a tributação conforme sua própria deliberação.

Não se argumente, nessa parte, que a facultatividade do exercício da competência tributária é contestada: a razão de sê-lo diz respeito ao caráter nacional do ICMS, posto em confronto com os próprios pares federativos (e não com outras esferas de poder). Ao que ora interessa, basta lembrar que o tributo pode, sim, por previsão constitucional, ser diminuído e ser objeto de benefícios fiscais, obedecidos os critérios do art. 155, § 2º, XII, g.

Não é qualquer redução do montante arrecadado (e conseqüente redução do valor a ser repartido) que implicará em quebra de autonomia, a hostilizar o pacto federativo.

Se a Constituição Federal, numa mão, outorga competência tributária a determinado ente político, privativamente – de forma que não cabe a qualquer outro ente interferir no seu exercício –, revela-se temerário que, por outra, a mesma Car-

qualquer irregularidade nas deduções efetivadas pela União a título de PIN e PROTERRA, notadamente porque esses valores, efetivamente, não se constituem em produtos da arrecadação do Imposto de Renda, vez que seu ingresso nos cofres públicos como Imposto de Renda, se dá apenas de forma contábil, daí porque tais valores não se convertem em quantia a ser repartida entre os Municípios a título de FPM. Os valores das contribuições para o PIN e o PROTERRA, portanto, não ingressam de forma autônoma e independentemente a receita do Imposto de Renda, como quer fazer crer o apelante, mas apenas são contabilizados, de acordo com a natureza da receita indicada pela Secretaria de Orçamento Federal. (...) De fato, tais valores devem ser deduzidos porque, embora arrecadados a título de imposto de renda, correspondem a incentivos fiscais redirecionados para aplicações em regiões incentivadas e, como tal, constituem renúncia de receitas, e são deduzidos da base de cálculo da repartição tributária da União, conforme estabelecido na legislação pertinente” (AC 2001.34.00.028441-3/DF, Rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1, p. 418, de 04.12.2009). Os argumentos firmados para rejeitar o pleito do Município revelam-se pouco sólidos. A só afirmação de que se trata de renúncia de receita não afasta possível enfraquecimento da autonomia municipal (como verificado no RExt 572.762). A contabilização específica é fator meramente organizacional da União (e aliás é considerada na “Arrecadação Bruta”, conforme referido), não sendo oponível aos Municípios. O fato de serem os valores aplicados em regiões incentivadas, finalmente, não afasta a plausibilidade do pedido, se considerado que este investimento está fazendo frente à competência administrativa da União, e as verbas estão deixando de entrar nos cofres municipais, deixando de financiar a competência administrativa do Município. Até porque a área de alguns Municípios será beneficiada, mas não de outros – frustrando a própria razão da repartição de receitas, qual seja, financiar a totalidade dos entes conforme critérios definidos.

28 Roque Antonio Carrazza, *op. cit.*, p. 53.

ta lhe retire o poder de decidir sobre a melhor forma de exercê-la, segundo suas necessidades verificadas diante da competência legislativa que lhe foi atribuída, e da gama de incumbências às quais deve fazer frente.

Se levada a rigor a proteção contra toda e qualquer diminuição da arrecadação própria, por gerar diminuição do valor a ser repartido, e assim enfraquecer a autonomia do ente beneficiado, certamente diversas consequências nefastas surgirão – em detrimento do titular da competência – algumas das quais acima delineadas.

18. É nesse sentido que cabe questionar: toda e qualquer forma de benefício fiscal deverá ser vedada, se importar em diminuição de arrecadação? E se a diminuição em curto prazo estiver fundada em expectativa de majoração futura (vide parcelamentos especiais)? Estará o ente competente ainda assim vinculado à necessidade de manutenção dos níveis de arrecadação, sob pena de invalidade do benefício?

E quando não se tratar de benefício, mas de reestruturação do tributo, para otimização e mesmo promoção de justiça na carga tributária, lançando eficácia sobre princípios constitucionais como da capacidade contributiva e do não confisco? Se o Estado, por avaliação política, devidamente exercitada na respectiva Casa Legislativa, decidir que a alíquota geral do ICMS, antes fixada em 18%, deve ser rebaixada para 17%? Ou se a alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de comunicação, fixada em 25%, passar a ser exigida em 23 ou 20%? Ou se for aprovada Lei que crie mais uma faixa de tributação pelo Imposto de Renda?

Nesses casos, haverá perda de arrecadação. Com prejuízo, também, ao montante a ser repartido. O que, levando ao pé da letra a orientação firmada no RE 572.762/SC, importa em enfraquecimento da autonomia dos entes beneficiados com a repartição, conduzindo à invalidade da alteração ou à necessidade de apenas o ente competente suportar a queda, mantendo estável o valor dos repasses.

O que conduziria a outra indagação: está o ente competente obrigado a manter, dentro de sua competência tributária, os impostos sempre no patamar mais gravoso possível? Ou, ainda: deverão suas alíquotas e bases de cálculo, quando alteradas, ser sempre para mais e nunca para menos? Não será, então, o contribuinte prejudicado com o círculo vicioso de aumento da (já exorbitante) carga tributária?

Claro que diante da superlativa temeridade das proposições acima, os parâmetros de avaliação da matéria devem ser reanalisados.

G. Conclusão

19. É sabido que na Federação brasileira os entes federativos menores se resentem da falta de recursos, o que, de certa forma, desequilibra o pacto federativo,

colocando-os nas mãos dos entes maiores, que manipulam as receitas transferidas obrigatórias de modo a mantê-los sob uma espécie de dominação política.

O Judiciário é sensível a esse tipo de situação e, quando chamado a decidir, opta pelo lado mais fraco da relação, em especial sob o argumento de que as pessoas vivem nas cidades, e não na União ou no Estado.

Todavia, esse tipo de entendimento, que ficou bem caracterizado na decisão do RE 572.762/SC, não age no sentido de reforçar o pacto federativo, mas sim no de desarrumá-lo, pois suas consequências sistêmicas se espalham por uma gama enorme de situações que só fazem tornar as relações jurídico-políticas muito mais complexas e destoantes do que se convencionou para o sistema financeiro e tributário brasileiro.

Manter as regras estáveis e aplicá-las mesmo em situações limite reforçam a democracia e permitem que a segurança jurídica – valor igualmente importante – se imponha.