

23/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S) : **MUNICÍPIO DE ITABI**
ADV.(A/S) : **JONAS GOMES DE MOURA NETO E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
INTDO.(A/S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS -
CNM**
ADV.(A/S) : **PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA
SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **ABRASF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS
SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITALS**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA E
OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ESTADO DA PARAIBA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

RE 705423 / SE

2. A expressão “produto da arrecadação” prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública.

3. A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina.

4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: **“É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.”**

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra CARMEN LÚCIA, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o Tema 653 da repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: **“É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às**

RE 705423 / SE

Municipalidades”.

Brasília, 23 de novembro de 2016.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S) : **MUNICÍPIO DE ITABI**
ADV.(A/S) : **JONAS GOMES DE MOURA NETO E OUTRO(A/S)**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
INTDO.(A/S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS -
CNM**
ADV.(A/S) : **PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA
SILVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **ABRASF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS
SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITALS**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA E
OUTRO(A/S)**
AM. CURIAE. : **ESTADO DA PARAIBA**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, sob a sistemática da repercussão geral, interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa reproduz-se a seguir:

“FINANCEIRO. REPARTIÇÃO DE RECEITA. FPM. ART. 159, I, CF. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A competência tributária da União para instituir imposto de renda e imposto sobre produtos industrializados não sofre qualquer alteração pela circunstância de parte da arrecadação de tais tributos ser destinada ao Fundo de Participação dos Municípios. Inteligência do art. 6º, parágrafo único, do CTN. 2. Ao dispor sobre a repartição das receitas do IR e do IPI, o art. 159, I, CF, refere-se expressamente ao ‘produto da arrecadação’, sendo ilegítima a pretensão do

RE 705423 / SE

recebimento de valores que, em face de incentivos fiscais, não foram recolhidos. 3. Apelação e remessa oficial providas.”

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição da República, aponta-se ofensa ao art. 159, I, “b” e “d”, do Texto Constitucional.

Sustenta-se, em síntese, que a base do cálculo da quota parte do FPM a que faz jus a parte Requerente é percentual do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados, sem a dedução dos valores dos incentivos, benefícios e isenções fiscais concedidos pela parte Recorrida.

Ademais, assevera-se divergência entre o acórdão recorrido e o RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a qual, segundo o Recorrente, *“entendeu que a concessão de benefícios, incentivos e isenções fiscais só podem ser realizados com a parte que cabe aos Estados e a União Federal, devendo ser preservada a parcela do montante arrecadado que constitucionalmente pertence aos municípios”*. (eDOC 4, p. 147)

A Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região admitiu o recurso por reputar preenchidos todos os pressupostos de admissibilidade.

Em 09.05.2013, o Tribunal Pleno do STF reconheceu a preliminar de repercussão geral da questão, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. IR E IPI. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ART. 159, I, “b” e “d”, DA CF. CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO. REPERCUSSÃO ECONÔMICA, JURÍDICA E POLÍTICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Admitiu-se o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras, da Confederação Nacional dos Municípios e do Estado da Paraíba.

RE 705423 / SE

Os autos vieram-me conclusos em 17.06.2015, por substituição de relatoria, conforme preconizado no art. 38 do RISTF.

Em 07.12.2015, determinei a conversão dos autos físicos para o meio eletrônico, nos termos do art. 29, §§1º e 3º, da Resolução STF 427, de 20 de abril de 2010.

Em data de 27.09.2016, indiquei o feito para inclusão em pauta do Tribunal Pleno.

É o relatório.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Inicialmente, torna-se imperativo delimitar o objeto do julgamento, a fim de propiciar a exposição dos fundamentos determinantes deste voto para o deslinde da causa com posterior fixação de tese jurídica ao presente Tema da sistemática da repercussão geral.

Em sede de manifestação de preliminar de repercussão geral, o e. Ministro Ricardo Lewandowski definiu a questão constitucional vertida no apelo extremo da seguinte forma:

“A questão constitucional versada neste recurso consiste em definir, sob o prisma constitucional, até que ponto a concessão de benefícios e incentivos fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao Imposto Sobre Produtos Industrializados pode impactar nos valores transferidos aos Municípios a título de participação na arrecadação daqueles tributos.”

Nesse sentido, intenciona-se delimitar o conteúdo jurídico da expressão “produto da arrecadação” encartada no inciso I do art. 159 da Constituição da República, notadamente para saber se as renúncias de receitas emanadas de tributos de competência da União interferem na composição do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Logo, cumpre-se perquirir o seguinte: é constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas quotas devidas às Municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos aos Impostos de Renda e Sobre Produtos Industrializados por parte da União?

Posta a matéria nesses termos, não assiste razão à parte Recorrente, quando afirma divergência entre o acórdão recorrido e o decidido pelo STF no Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-

RE 705423 / SE

paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008, o qual recebeu a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO. I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias. IV - Recurso extraordinário desprovido.”

A rigor, consistem em controvérsias substancialmente distintas, porquanto são díspares os contextos fático-normativos subjacentes aos litígios. No julgamento supracitado, o STF assentou que o repasse das receitas públicas tributárias transferidas, via fundo de participação, não podem sujeitar-se às técnicas e condicionantes previstos em programa estadual de benefício fiscal. Portanto, é inviável a retenção de parcela do produto da arrecadação do ICMS. Como já visto, não é disso que trata a presente demanda.

Assim sendo, sob as luzes do léxico próprio do Direito Financeiro, a discussão do Tema 42 centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate a ser levado a cabo neste Tema 653 da sistemática da repercussão geral reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo.

A propósito, recorre-se à tese de doutorado do professor de Direito

RE 705423 / SE

Financeiro da USP José Maurício Conti para explicitar essas categorias jurídicas:

“O sistema hoje vigente de repartição de receitas tributárias no Brasil prevê, além dos tributos exclusivos de cada uma das esferas de governo, os dois tipos de participação na arrecadação: direta e indireta. Adota, por conseguinte, o sistema misto, acolhido na maioria dos Estados modernos.

(...)

A *participação direta* vem regulada basicamente nos arts. 157 e 158 da Constituição. O art. 157 trata da participação direta dos Estados e Distrito Federal na arrecadação da União e o art. 158 trata da participação direta dos Municípios nas arrecadações da União e dos Estados.

(...)

Prevê também a Constituição diversas formas de *participação indireta*. As participações indiretas ocorrem por meio da criação de fundos.

Há vários fundos previstos na Constituição Federal e, além destes, inúmeros outros criados pela legislação infraconstitucional.

(...)

Cumpre destacar ainda que, além do sistema de transferência intergovernamentais de natureza compulsória, como as que foram anteriormente analisadas, quer sob a sua forma direta, quer sob a sua forma indireta, há diversas formas de transferências voluntárias, como é o caso das subvenções, por exemplo.” (CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 68-73)

Constata-se, ainda, que o *discrímen* proposto encontra guarida em entendimento iterativo da Presidência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual as especificidades do precedente formado no RE-RG 572.762 não permitem sua aplicação para casos gerais de concessão de benefícios e isenções fiscais.

RE 705423 / SE

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados: STA 685, de relatoria do Ministro-Presidente Ayres Britto, DJe 03.08.2012; STA-MC 681, de relatoria do Ministro-Presidente Joaquim Barbosa, DJe 05.12.2012; STA 350, de relatoria do Ministro-Presidente Gilmar Mendes, DJe 09.11.2009; e STA 823, de relatoria do Ministro-Presidente Ricardo Lewandowski, DJe 23.02.2016.

Superada essa questão, convém versar sobre o essencial da demanda em comento, isto é, o que justificou o reconhecimento pelo Tribunal, por unanimidade, da existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Aliás, reproduz-se trecho significativo da manifestação do relator originário, o i. Ministro Ricardo Lewandowski:

“O tema em debate apresenta singular relevância por afetar pilares do nosso sistema federativo, a saber, a autonomia financeira dos Municípios e a competência tributária da União. Nessas circunstâncias, a discussão assume tamanha importância do ponto de vista econômico, jurídico e político, a exigir a manifestação desta Corte sob o rito da repercussão geral.”

Converge-se, portanto, ao entendimento de Sua Excelência no sentido de que o nó górdio desta demanda traduz-se na conciliação interpretativa em termos constitucionais entre a competência tributária da União e a autonomia financeira dos Municípios.

Adota-se como expediente argumentativo neste voto três eixos de raciocínio: (i) pré-compreensões e premissas a respeito dos municípios no federalismo fiscal brasileiro; (ii) o arquétipo constitucional das competências e autonomias financeiras dos entes federativos; e (iii) os reflexos jurídicos desse paradigma fiscal no conteúdo e no cálculo do Fundo de Participação dos Municípios.

O MUNICÍPIO NO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

Embora a tradição política brasileira seja marcada por avanços e

RE 705423 / SE

recuos na afirmação política da autonomia dos municípios, o que, por evidente, reflete-se na dogmática jurídica, o advento da Constituição da República de 1988 representou certa estabilização das expectativas sociais em relação ao *status* constitucional das municipalidades como entes políticos autônomos.

A propósito, transcrevem-se os arts. 1º, 18 e 34 do Texto Constitucional:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)

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

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

c) autonomia municipal;”

Essa opção constituinte representou uma fórmula de dispersão da soberania estatal em mais esferas de decisão, isto é, representa a descentralização política e administrativa do Estado com vistas a aumentar a participação política do cidadão na esfera pública.

Assim sendo, parte-se da conclusão de que o município é uma entidade política-administrativa estatal dotada de autonomia, na qualidade de parte integrante do Estado federal.

Em relação à caracterização da autonomia municipal, recorre-se ao pensamento do professor André Ramos Tavares:

“Portanto, no Brasil, já não se pode falar em uma estrutura binária, com a União e os Estados federados convivendo sobre o

RE 705423 / SE

mesmo território geográfico. Há, agora, três esferas de governo diversas, compartilhando o mesmo território e povo: a federal, a estadual e a municipal.

(...)

Aqui também há a tríplice capacidade, que caracteriza a autonomia: capacidade de auto-organização – incluindo-se a autolegislação – de autogoverno e de autoadministração.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 854-855)

No particular, importa asseverar que o arranjo constitucional descrito repercute na divisão geográfica da atividade fiscal do Estado e respectivas responsabilidades alocativas de recursos públicos, traduzível na fórmula do federalismo fiscal brasileiro. Em princípio, o próprio exercício das capacidades da autonomia municipal pressupõe custeio mediante receitas públicas e a atribuição de competências administrativas.

Nesse panorama, toma-se licença do colegiado para realizar uma breve digressão sobre dois fenômenos políticos relevantes para a contextualização do litígio constitucional em concreto: (i) a municipalização das receitas e despesas públicas; e (ii) a significativa criação de municípios na primeira década de vigência da Constituição da República de 1988.

A respeito do primeiro fenômeno, percebe-se que a divisão de tributos e de transferências governamentais no âmbito constitucional representa um movimento ímpar na história federativa brasileira e em comparação com experiências de outros países com igual ou maior nível de desenvolvimento econômico. Por conseguinte, é possível afirmar que os municípios passaram a ter um peso relativo significativo no que toca à distribuição e à aplicação de verbas públicas, a ponto de tornarem-se atores políticos essenciais na concretização do projeto constitucional de escopo nacional.

A título de subsídio empírico, transcrevo resultados de pesquisa realizada pelo economista José Roberto Afonso com os dados disponíveis

RE 705423 / SE

até o primeiro semestre de 2016:

“Na evolução da distribuição federativa da receita tributária nacional nos últimos 50 anos, os estados pioram de posição relativa no auge da reforma militar, melhorando com a Constituição de 1988. Porém, na medida em que começam a ser cobradas cada vez mais contribuições sociais no país, a União recupera sua participação relativa, enquanto os governos estaduais passam a perder. Já os municípios atravessam meio século com uma clara tendência a crescer paulatina, mas constantemente de peso relativo no total da receita arrecadada. Há 50 anos, o orçamento municipal não equivalia a 20% do orçamento dos estados. Hoje, o orçamento dos estados é apenas 30% maior do que o municipal.

Tomando a receita tributária nacional e dividindo-a entre as três esferas de governo, fica evidente que, no longo prazo, só os municípios ganharam espaço relativo na federação brasileira. Considerada apenas a arrecadação direta, a carga tributária municipal saltou de 0,82% do PIB em 1960 para 2,30% em 2014. Com isso, aumentou nesse período sua participação no total arrecadado no país de 4,7% para 6,9%. Mas a avaliação mais relevante conta também a repartição constitucional de tributos, e nesse caso os governos locais ganham em montante absoluto: de apenas 1,11% do PIB em 1960, já tinham chegado a 2,98% do produto quando da Constituição de 1988, e a seguir mais que duplicam sua receita, fechando em 2014 com 6,47% do PIB.

Em termos relativos o avanço foi igualmente expressivo e já tinha ocorrido mesmo durante a centralização do governo militar, pois as prefeituras, que detinham apenas 6,4% da receita disponível nacional em 1960, chegam a 1988 com uma fatia de 13,3% e ainda avançam para 19,3% em 2014. Nesse período mais largo de meio século, a participação do governo federal caiu um pouco (de 59,5% para 55,7%), mas a maior queda foi observada no âmbito da esfera estadual (de 34,1% para 25% entre 1960 e 2014), de modo que os estados detêm atualmente uma proporção da receita tributária nacional

RE 705423 / SE

inferior à de que dispunham em 1988, quando promulgada a Constituição da República vigente.” (AFONSO, José Roberto R. Federalismo Fiscal Brasileiro: uma visão atualizada. In: *Caderno Virtual (IDP)*, Brasília, v. 1, n. 34, pp. 1-24, 2016, pp. 5-6)

Em relação ao segundo fenômeno, verifica-se que a alteração de ordens constitucionais gerou distorção em plano federativo no que toca à criação de municípios.

No regime constitucional anterior, o art. 14 da Emenda Constitucional 1/1969 preconizava o seguinte:

“Art. 14. Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de municípios.

Parágrafo único. A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei.”

Nesse ponto, a Constituição da República de 1988 apresentou relevante alteração na metodologia de criação de entes municipais, ao remeter exclusivamente ao âmbito estadual a regulação do tema. Eis o teor do art. 18, §4º, do Texto Constitucional, em sua redação original:

“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural de ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.”

Assim, passou-se do critério de viabilidade mínima econômica e populacional para ampla liberdade de conformação das Assembleias Legislativas, desde que respeitadas as consultas prévias à população. O resultado foi a expansão em mais de 40% do quantitativo de municípios brasileiros entre 1980 e 2000, com sensíveis implicações sociais e políticas,

RE 705423 / SE

à luz da sustentabilidade financeira das comunas criadas.

Veja-se a pertinente crítica desenvolvida pelo professor Sérgio Assoni Filho acerca desse processo:

“Aparentemente, essa mudança representou uma franca tentativa do constituinte originário de preservar a autonomia recém-conquistada pelos entes federativos locais, na forma inculpada no texto constitucional vigente, os colocando a salvo de ingerências do Poder Central, ou mesmo coibindo eventuais ânimos recentralizadores.

Entretanto, a aplicação prática desse dispositivo constitucional revelou a outra face do processo emancipatório, pois, ao invés de se apresentar como uma espécie de grito de liberdade por parte dos entes federativos locais, até então submetidos à tirania de um Poder Central disposto a esvaziar qualquer intento autonômico, a disseminação da criação de novos Municípios por todas as regiões de nosso País foi fortemente motivada pelo recebimento do repasse de receitas oriundas das outras esferas governamentais, portanto, em nada identificável com a consolidação de uma verdadeira autonomia descentralizada.

A conseqüência imediata dessa mobilização das localidades para angariar recursos por intermédio das emancipações foi o avassalador fenômeno de criação de Municípios ocorrido nos últimos anos, em grande medida, impulsionado pela vigência da atual Constituição Federal, uma vez que o nosso País contava com apenas 3.974 Municípios instalados em 1980, número este elevado à marca de 5.561 em 2000, isto é, um crescimento de quase quarenta por cento no curto intervalo de duas décadas.

Nesse sentido, tal mudança de competência legislativa para o âmbito estadual apresentou-se totalmente inconveniente, pois os requisitos essenciais à emancipação municipal, constantes das respectivas legislações estaduais, se mostraram pífios, sendo muito freqüente a inexistência de exigências de caráter financeiro para a efetivação da emancipação, o que por

RE 705423 / SE

si só é contraditório, uma vez que não se pode conceber que um ente federativo seja autônomo, de fato, se ele não tiver recursos compatíveis com o exercício de suas atribuições.

(...)

Desse modo, a criação desenfreada de Municípios brasileiros encontrou sua principal fonte motivacional no caminho 'fácil' da aquisição de meios materiais sem qualquer contrapartida, ou seja, de maneira veementemente clientelista. Processo esse que, a nosso ver, deveria se pautar principalmente no atendimento de requisitos de índole financeira, até mesmo pelo fornecimento de critérios mais técnicos e objetivos para a apuração da viabilidade do candidato a ente federativo autônomo, ao invés da resolução da questão ser entregue ao sabor dos interesses políticos dominantes em cada localidade.” (ASSONI FILHO, Sérgio. Autonomia Financeira Local e Democracia. In: *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo*, v. 103, pp. 475-499, jan./dez. 2008, pp. 488-489, grifos nossos)

Diante da situação, houve atuação do Poder Constituinte Reformador no bojo da EC 15/1996 no sentido de alterar o dispositivo indigitado, o qual atualmente apresenta a seguinte redação:

“§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” (grifos nossos)

Logo, submeteu-se à esfera federal o juízo político de oportunidade e conveniência do período de criação de municípios, por sua vez restringido pela necessidade de produção e publicidade dos Estudos de Viabilidade Municipal.

Após, o Constituinte manifestou-se novamente na EC 57/2008 no

RE 705423 / SE

sentido de convalidar o *estado da arte* do arranjo federativo até 31 de dezembro de 2006, nos termos do art. 96 do ADCT, *in verbis*:

“Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”

Em síntese, a viabilidade financeira dos novos municípios é um problema desafiador e aberto do federalismo fiscal brasileiro, o qual deve ser considerado em controvérsias nas quais se discute a participação indireta dos governos locais no produto da arrecadação de receitas públicas do governo central.

AUTONOMIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS E COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO

No presente voto, impende a conciliação hermenêutica entre a competência tributária da União e a autonomia financeira dos Municípios. Por conseguinte, almeja-se conceituar as categorias jurídicas a serem harmonizadas.

Em relação à autonomia financeira das municipalidades, muito já se escreveu acerca das receitas municipais e respectiva suficiência para atender às necessidades públicas da localidade, desde o período colonial aos tempos hodiernos.

Especificamente acerca do Brasil republicano, escora-se no pensamento do Ministro desta Corte Victor Nunes Leal esposado em *Coronelismo, Enxada e Voto* para compreender as primeiras ordens constitucionais desse período:

“No regime de 1891, dado o silêncio da Constituição, o poder tributário dos municípios era inteiramente derivado do estadual e devia exercer-se nos limites marcados pela

RE 705423 / SE

Constituição e pelas leis do Estado. Portanto, somente dos tributos permitidos ao Estado se podia extrair a receita municipal, vigorando em relação aos municípios as mesmas proibições constitucionais que recaíam sobre o fisco estadual.

(...)

O resultado a que chegou a conduzir essa política, segundo o quadro fartamente glosado na Constituinte de 1933-34, falava por si: enquanto a União arrecadava 63% do total de impostos, os Estados só percebiam 28% e aos municípios tocava a miséria de 9%." (LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, pp. 150 e 153)

Com significativa participação do saudoso Ministro do STF Prado Kelly e do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Levi Carneiro, a Constituição da República de 1934 representou um salutar avanço na estrutura federativa brasileira, porquanto manteve o sistema de repartição enumerativa dos tributos, bem como atribuiu renda privativa aos municípios, embora aquela estivesse aquém da suficiência financeira.

Em relação à denominada Constituição Polaca outorgada por Getúlio Vargas, recorre-se novamente à tese do Ministro Nunes Leal:

"A Constituição de 1937 conservou o princípio acima indicado, mas reduziu a receita municipal, ao subtrair-lhe o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais e os 20% da arrecadação, no território do município, dos impostos federais e estaduais não especificados. (...) O resultado de tal sistema tributário, não obstante a garantia de uma receita municipal mínima na própria Constituição federal, foi a permanência da situação de penúria das municipalidades" (LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 162)

Ante essa preocupante situação, exsurgiu intensa campanha

RE 705423 / SE

municipalista com a redemocratização, fazendo-se presente no advento da Constituição da República de 1946. Acerca desse processo político e os seus desenvolvimentos até a Constituição de 1967, reproduz-se lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles:

“Coroando intensa campanha municipalista iniciada com a reconstitucionalização do País, em 1946, a emenda constitucional 5, de 21.11.1961, ampliou a discriminação de rendas em favor do Município, atribuindo-lhe mais dois impostos exclusivos (territorial rural e de transmissão de propriedade imobiliária – sisa), e dando-lhe participação no imposto de consuma, além de aumentar a sua quota-parte na arrecadação do imposto de renda.

A experiência, todavia, demonstrou que a ampliação da competência tributária municipal não produziu o efeito desejado, ou seja, o aumento dos recursos financeiros indispensáveis ao atendimento das sempre crescentes necessidades coletivas. Consequentemente, viviam os Municípios na dependência dos recursos oriundos da participação em impostos federais e estaduais, bem como dos empréstimos e subvenções.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças Municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 72)

As deficiências desse modelo de federação foram objeto da Reforma do Sistema Tributário levada a cabo na Emenda Constitucional 18/1965, que assentou a competência tributária dos municípios em relação aos impostos sobre serviços de qualquer natureza (ISS) e propriedade predial e territorial urbana (IPTU), às taxas e contribuições de melhoria no âmbito das respectivas atribuições. Ademais, permitiu-se a cobrança do ICM, caso autorizado pela legislação estadual, e aumentou-se a participação das municipalidades na seara das distribuições de receitas tributárias, inclusive por meio do Fundo de Participação dos Municípios ora em debate.

O paradigma de federalismo fiscal, inaugurado pela EC supracitada

RE 705423 / SE

e regulamentado pelo Código Tributário Nacional, foi mantido praticamente incólume nas Cartas de 1967/1969. Nesses termos, as esferas municipais remanesceram com impostos privativos e partilhados, os tributos comuns e participação na receita tributária dos entes federativos.

Como já posto anteriormente, a atual Constituição da República de 1988 modificou substancialmente a posição do Município no federalismo fiscal brasileiro, ao elevá-lo para um terceiro nível da federação.

A propósito, retoma-se o pensamento de José Roberto Afonso:

“Nunca na história federativa brasileira os municípios tiveram um peso relativo tão grande na distribuição e na aplicação dos recursos tributários e públicos em geral. Dispõem de um volume bastante expressivo de recursos e os aplicam com uma razoável autonomia. Em poucos outros países, mesmo nos ricos, os governos locais podem elaborar, executar e até controlar o seu próprio orçamento sem submeter-se ao crivo de alguma instância superior. Nossos municípios legislam e cobram seus impostos, contratam quantos servidores desejem e sozinhos fixam os seus salários, assumem compromissos e dívidas bancárias, observadas apenas condições e limites fixados em leis nacionais. Cresceram tanto de importância nas últimas décadas, que já houve quem tenha perguntado: o Brasil estaria virando uma federação de municípios?” (AFONSO, José Roberto R. *Federalismo Fiscal Brasileiro: uma visão atualizada*. In: *Caderno Virtual (IDP)*, Brasília, v. 1, n. 34, pp. 1-24, 2016, p. 2)

Em síntese, compreendida a autonomia financeira como capacidade de autofinanciamento das atividades estatais representadas pelo auto-governo, à luz de suas características essenciais, que são a independência, a suficiência e a eficiência, percebe-se que os municípios têm-se afirmado progressivamente como parte vital da Federação, em que pesem às desigualdades sociais e regionais e às promessas civilizatórias não cumpridas, em maior ou menor medida, pelo Estado brasileiro.

Por outro lado, cumpre-se examinar a competência tributária da União como positivada no regime constitucional vigente. De plano,

RE 705423 / SE

transcreve-se o pensamento do professor Paulo de Barros Carvalho:

“A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.

(...)

Não se confunde com a capacidade tributária ativa. Uma coisa é poder legislar, desenhando o perfil jurídico de um gravame ou regulando os expedientes necessários à sua funcionalidade; outra é reunir credenciais para integrar a relação jurídica, no tópico de sujeito ativo. O estudo da competência tributária é um momento anterior à existência mesma do tributo, situando-se no plano constitucional. Já a capacidade tributária ativa, que tem como contranota a capacidade tributária passiva, é tema a ser considerado no ensejo do desempenho das competências, quando o legislador elege as pessoas componentes do vínculo abstrato, que se instala no instante em que acontece, no mundo físico, o fato previsto na hipótese normativa.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 218-219)

Justamente na distinção entre competência tributária e capacidade tributária ativa reside a significância normativa das isenções fiscais, haja vista que essas resultam do não exercício da capacidade tributária ativa, a despeito da manutenção da referida competência. Nesses termos, é *topos* da dogmática jurídica tributária a ideia de que o poder de isentar é decorrência lógica do poder de tributar, ou, metaforicamente, o verso e o anverso de uma mesma moeda.

Assim sendo, parece-nos escorreita a conceituação analítica de José Souto Maior Borges acerca do regime jurídico-material das isenções tributárias previsto na Constituição da República:

“1º) A Constituição assegura tão somente, pelo princípio da competência tributária, uma autorização, previamente

RE 705423 / SE

delimitada por ela própria, para a criação de tributos;

2º) A criação ou instituição de tributos, e consequentemente das isenções, é matéria sob reserva de lei;

3º) Antes que a lei o regule, inexistente tributo válido no sistema da tributação vigente no país (excetuadas hipóteses que são irrelevantes face a estas conclusões);

4º) Compreende-se no âmbito material do princípio da legalidade a definição do fato gerador da obrigação tributária;

5º) O fato gerador é, pois, uma entidade jurídica, hipoteticamente prevista em lei e sem cuja realização não pode existir a obrigação tributária (efeito constitutivo da obrigação tributária);

6º) O ato de lançamento tributário declara a obrigação preexistente e torna-a líquida (efeito declaratório do lançamento quanto à obrigação e constitutivo quanto ao crédito fiscal);

7º) O regime jurídico-material da tributação abrange a disciplina das isenções;

8º) É portanto a lei que, ao selecionar fatos geradores e delimitar o campo abrangido pela hipótese de incidência, institui as isenções, isto é, retira certos fatos ou pessoas, normalmente sujeitos à tributação do campo de incidência da definição legal do fato gerador." (BORGES, Jorge Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 170-171)

A partir dessas considerações, parece-nos insuficiente a imagem das isenções fiscais como inverso do tributo, quando se coloca em questão os parâmetros de controle jurídico das primeiras. Na feliz expressão do professor Celso de Barros Correia Neto, os incentivos e renúncias fiscais são, a rigor, o "avesso do tributo", na medida em que as preocupações se invertem do excessivo gravame ao patrimônio do contribuinte para a proteção do núcleo essencial da capacidade contributiva e do dever fundamental de concorrer à manutenção do Estado Fiscal.

Aliás, reproduz-se excerto da tese de doutorado do referido tributarista:

RE 705423 / SE

“Vale dizer, em matéria de incentivo e renúncia fiscal, a questão está menos em determinar o quanto de tributo se deve pagar, do que em saber por que um não está obrigado a pagá-lo, se todos os demais estão. Resta então questionar o sentido que adquire certa dispensa de pagamento no contexto de dado sistema tributário, e aqui se inverte a lógica do pensamento fiscal. É preciso pensar o conceito e o controle judicial dos incentivos e renúncias fiscais pelo caminho oposto: ver o tributo ao avesso.” (CORREIA NETO, Celso de Barros. *O Avesso do Tributo*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 25)

Nesse sentido, resta perquirir o sentido jurídico que adquire a dispensa de pagamento do IR e do IPI realizado pela União no contexto federativo do Sistema Tributário Nacional, sobretudo no que toca à participação indireta dos entes municipais no produto da arrecadação desses impostos, por via do FPM. A meu ver, é esse o ponto nodal do deslinde da presente controvérsia constitucional.

Por conseguinte, firmo convicção no sentido de que não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Verifica-se, a propósito, que a repartição de receitas correntes tributárias no Sistema Tributário Nacional conjuga duas espécies de financiamento dos governos locais: uma pelo critério da fonte (cobrança de tributos de competência própria) e outra pelo produto, o qual se traduz em participação no bolo tributário de competência do governo central. Nessa segunda hipótese, não há direito a uma participação referente a uma arrecadação potencial máxima em que se incluiria os incentivos e as renúncias fiscais, sob pena de subversão da decisão do Poder Constituinte em momento constitucional no que diz respeito ao modelo de federalismo fiscal.

RE 705423 / SE

Por evidente, essa conclusão não implica em desdizer que a política desonerativa da União apresenta significativos impactos socioeconômicos sobre os demais entes federativos.

Em visão crítica às assimetrias do federalismo fiscal brasileiro, transcreve-se excerto de obra doutrinária do professor Andrei Pitten Velloso:

“O problema é que esse modelo de financiamento dos entes periféricos, assentado em repasses do produto da arrecadação de tributos de competência alheia, não promove adequadamente a sua autonomia financeira, fazendo com que o seu equilíbrio orçamentário dependa, em larga medida, de decisões político-tributárias tomadas por terceiros. Os Estados e o Distrito Federal ficam à mercê da política tributária da União; e os Municípios, à mercê da política tributária da União e dos Estados.

E a dependência financeira pode implicar a penúria, sobretudo quando não há solidariedade dos entes centrais (...) É o que ocorre quando se estabelecem políticas de desoneração tributária centradas em impostos partilhados, haja vista que o cálculo dos montantes a serem repassados aos Estados e aos Municípios se pauta pelo conceito de ‘produto da arrecadação’, o qual não engloba valores que deixaram de ser cobrados por força de incentivos tributários.” (VELLOSO, Andrei Pitten. *Repartição de Receitas Tributárias e Autonomia Federativa*. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Financeiro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 106)

Diante das desigualdades e assimetrias sociais e regionais, as quais expressam conflitos de justiça distributiva essenciais à comunidade política, negar as especificidades e realidades fiscais dos milhares de membros desta continental Federação representa ofensa direta ao pacto constituinte que lhe propiciou.

RE 705423 / SE

Porém, em nossa democracia constitucional, não compete a esta Suprema Corte refazer ou infirmar as opções federativas hauridas da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, pois importa mais, em sede de jurisdição constitucional, prezar pela estabilidade do Estado Democrático de Direito constituído pela República Federativa pátria e suas instituições.

Nesses termos, acompanha-se com esperança o desenvolvimento dogmático do princípio constitucional da solidariedade, encartado no preâmbulo e no art. 3º, I, do Texto Constitucional, bem como se assevera a importância institucional do Senado Federal a quem compete “*avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes*”, em consonância ao previsto no art. 52, XV, da Constituição da República, acrescido pela EC 42/2013.

Assim, a meu ver, a normatividade constitucional vigente não permite conclusão diversa da supracitada, de modo que resta aplicá-la ao litígio em concreto, especialmente para interpretar a expressão “produto da arrecadação”, utilizada pelo arts. 157, 158 e 159 do Texto Constitucional para indicar o montante a ser partilhado pelos entes maiores para os menores.

**CONTEÚDO E CÁLCULO DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS**

Inicialmente, cito os dispositivos constitucionais que regem o FPM, com os acréscimos redacionais das Emendas Constitucionais 55/2007 e 84/2014:

“Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

RE 705423 / SE

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano;

Título X – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

§1º Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, 'c', revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III.

§ 2º O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios obedecerão às seguintes determinações:

I - a partir da promulgação da Constituição, os percentuais serão, respectivamente, de dezoito por cento e de vinte por cento, calculados sobre o produto da arrecadação dos impostos referidos no art. 153, III e IV, mantidos os atuais critérios de rateio até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 161, II;

II - o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal será acrescido de um ponto percentual no exercício financeiro de 1989 e, a partir de 1990, inclusive, à razão de meio ponto por exercício, até 1992, inclusive, atingindo em 1993 o percentual estabelecido no art. 159, I, 'a';

III - o percentual relativo ao Fundo de Participação dos Municípios, a partir de 1989, inclusive, será elevado à razão de meio ponto percentual por exercício financeiro, até atingir o

RE 705423 / SE

estabelecido no art. 159, I, 'b'."

Do arrazoado histórico anterior, nota-se o surgimento desse Fundo, a partir da reforma tributária de 1965 levada a efeito pela EC 18/1965 e regulada pelo Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), em que um dos motes foi a valorização da figura municipalista no quadro federativo.

Nesse sentido, o critério de distribuição do FPM é assim estabelecido pelo *codex*:

"Art. 91. Do Fundo de Participação dos Municípios a que se refere o art. 86, serão atribuídos:

I - 10% (dez por cento) aos Municípios das Capitais dos Estados;

II - 90% (noventa por cento) aos demais Municípios do País.

§ 1º A parcela de que trata o inciso I será distribuída proporcionalmente a um coeficiente individual de participação, resultante do produto dos seguintes fatôres:

a) fator representativo da população (...) b) Fator representativo do inverso da renda *per capita* do respectivo Estado (...)

§ 2º - A distribuição da parcela a que se refere o item II deste artigo, deduzido o percentual referido no artigo 3º do Decreto-lei que estabelece a redação deste parágrafo, far-se-á atribuindo-se a cada Município um coeficiente individual de participação determinado na forma seguinte:

(...)

§3º Para os efeitos deste artigo, consideram-se os municípios regularmente instalados, fazendo-se a revisão das quotas anualmente, a partir de 1989, com base em dados oficiais de população produzidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 92. O Tribunal de Contas da União comunicará ao Banco do Brasil S.A., conforme os prazos a seguir especificados, os coeficientes individuais de participação nos fundos previstos no art. 159, inciso I, alíneas 'a', 'b' e 'd', da Constituição Federal

RE 705423 / SE

que prevalecerão no exercício subsequente:

(...)

II – até o último dia útil de cada exercício financeiro, para cada Município.”

Após o advento do atual regime constitucional, as Leis complementares 62/1989, 91/1997 e 143/2013 foram editadas com vistas a estabelecer normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação.

A propósito do tema, convém reproduzir passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, todos de relatoria de Sua Excelência, j. em 24.02.2010, DJe 30.04.2010:

“Em relação aos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Municípios, constantes do art. 3º da lei, sua fixação é hoje regulada pela Lei Complementar n.º 91, de 22 de dezembro de 1997, que revogou expressamente as Leis n.º 71 e n.º 74, as quais promoveram mudanças substanciais no art. 3º da Lei Complementar n.º 62/1989. Poder-se-ia argumentar que a Lei Complementar n.º 91/1997, ao, expressamente, revogar apenas as Leis Complementares n.º 71 e n.º 74, teria provocado a repriminção das disposições originárias do mencionado art. 3º. Todavia, considerando que a Lei Complementar n.º 91 disciplinou, de forma diversa, toda a matéria tratada pelo art. 3º, não há dúvida de que a mencionada Lei Complementar revogou, ainda que tacitamente, o referido art. 3º.

Este Tribunal, em algumas ocasiões, deparou-se com a aplicação dessa lei (cf. MS 23.632, Rel. Carlos Britto, DJ 14.11.2008), a ela não opondo qualquer óbice de natureza constitucional.

Ademais, embora esse argumento, isoladamente, não pudesse preponderar, em virtude da causa de pedir aberta que caracteriza as ações de controle abstrato de constitucionalidade, registre-se que toda a argumentação desenvolvida pelo autor dirige-se contra a suposta omissão (parcial) na regulamentação

RE 705423 / SE

dos critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, não o dos Municípios.

No tocante aos demais dispositivos da Lei Complementar n.º 62/1989 –os artigos 4º, 5º, 6º e 7º -, eles possuem natureza eminentemente instrumental –definição de prazos e formas para a entrega dos recursos - em relação não apenas ao FPE, mas também ao FPM, de modo que formam um sistema normativo também com a Lei Complementar n.º 91/97, a qual, como já afirmado, hoje disciplina o FPM. Portanto, eventual declaração de inconstitucionalidade da totalidade do art. 2º, e tendo em vista a mencionada revogação do art. 3º, não teria o condão de retirar a importância normativa dos referidos dispositivos (artigos 4º, 5º, 6º e 7º).”

Demais disso, os fundos retiram sua conceituação legal dos artigos 71 a 74 da Lei 4.320/64, assim grafados:

“Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 72. A aplicação das receitas orçamentárias vinculadas a fundos especiais far-se-á através de dotação consignada na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.

Art. 74. A lei que instituir fundo especial poderá determinar normas peculiares de controle, prestação e tomada de contas, sem de qualquer modo, elidir a competência específica do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.”

Nesses termos, fundo é a reserva de receita afetada para aplicação determinada em lei, não sendo, em regra, dotado de personalidade jurídica. Muito ainda controverte-se na doutrina a respeito da capacidade

RE 705423 / SE

postulatória dessa entidade jurídica, tendo em conta as dezenas de fundos financeiros sob a responsabilidade federal, de acordo com as informações disponibilizadas pela Secretaria de Orçamento Federal (SOF) e Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

Visto isso, entende-se que a natureza jurídica do FPM é mais de objeto de direito, e menos de sujeito de direito, considerada a relação jurídico-financeira, pois não possui capacidade de realizar qualquer ato jurídico, não havendo autonomia na gestão dos recursos que o integram.

Nesse sentido, cito o escólio doutrinário do professor José Maurício Conti:

“O caso da transferência de recursos por meio dos Fundos de Participação previstos na Constituição brasileira é o típico caso de transferência intergovernamental automática e obrigatório ‘por fórmula’. O sistema de transferência intergovernamental adotado pela Constituição brasileira que faz uso dos Fundos de Participação nada mais é do que uma fórmula de redistribuição de recursos entre as diversas esferas de governo. Os Fundos de Participação foram criados apenas e tão somente como uma etapa intermediária – e necessária – entre as regras de recebimento dos recursos e as regras de distribuição dos mesmos recursos. São, pois, partes integrantes da fórmula de redistribuição de recursos acolhida pelo Texto Constitucional que permitem a operacionalização dessa sistemática.

Não há porque atribuir personalidade jurídica – ou capacidade postulacional, ou processual – a parte de uma fórmula matemática de transferência intergovernamental despida de qualquer grau de autonomia. A figura dos Fundos de Participação não tem, na verdade, qualquer tipo de personalidade jurídica, ou capacidade postulacional, ou qualquer outra denominação que se dê figuras intermediárias entre uma entidade com personalidade jurídica e um bem completamente despersonalizado.” (CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de

RE 705423 / SE

Oliveira, 2001, p. 79)

Com espeque nessa natureza jurídica, compete-nos delimitar o significado normativo da expressão “produto da arrecadação”. A despeito constar no altiplano constitucional, o parágrafo único do art. 1º da LC 62/1989 indica a base de cálculo dessas transferências intergovernamentais “por fórmula”, *in verbis*:

“Para fins do disposto neste artigo, integrarão a base de cálculo das transferências, além do montante dos impostos nele referidos, inclusive os extintos por compensação ou dação, os respectivos adicionais, juros e multa moratória, cobrados administrativa ou judicialmente, com a correspondente atualização monetária paga.”

Ressalta-se que essa definição encontra guarida na jurisprudência do STF, formada ainda na vigência do regime constitucional pretérito, segundo a qual o produto da arrecadação abrange a arrecadação tributária bruta, sem a possibilidade de dedução das despesas administrativas e computando-se as multas moratórias e punitivas.

Veja-se a ementa do seguinte julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICM. PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO NA ARRECADAÇÃO DO ICM. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/1969, ART. 23, II, PAR. 8.. A EXPRESSÃO “PRODUTO DA ARRECADAÇÃO” É ABRANGENTE DO PRINCIPAL E ACESSÓRIOS, OU SEJA, DO VALOR TOTAL RECEBIDO PELO ESTADO, COMO ICM E EM VIRTUDE DELE. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.” (RE 111094, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, DJ 15.04.1994)

Ademais, vale a leitura de enunciado sumular desta Corte: “*Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de*

RE 705423 / SE

20% do produto da arrecadação do imposto de circulação de mercadorias, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.” (Súmula 578 do STF)

Observa-se novamente que o debate no âmbito do STF centrou-se na obrigatoriedade ou voluntariedade da transferência intergovernamental referente aos Fundos de Participação. Porém, no caso das desonerações tributárias, a questão que se coloca é outra, isto é, a diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado.

Portanto, não há como se incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação.

De acordo com o “Manual de Procedimentos de Receitas Públicas”, elaborado pela Coordenação-Geral de Contabilidade da Secretaria do Tesouro Nacional, os estágios da receita pública são fases evidenciadoras do comportamento da receita pública, de modo a facilitar o conhecimento e a gestão dos ingressos públicos no erário. Nesses termos, dividem-se cronologicamente em previsão, arrecadação e recolhimento, assim conceituados:

“Previsão – estimativa de arrecadação da receita, constante da Lei Orçamentária Anual – LOA, compreendido em fases distintas:

1 – A primeira fase consiste na organização e no estabelecimento da metodologia de elaboração da estimativa;

2 – A segunda fase consiste no lançamento, que é tratado pela Lei nº 4.320/64 nos seus artigos 51 e 53, é o assentamento dos débitos futuros dos contribuintes de impostos diretos, cotas ou contribuições prefixadas ou decorrentes de outras fontes de recursos, efetuados pelos órgãos competentes que verificam a procedência do crédito a natureza da pessoa do contribuinte quer seja física ou jurídica e o valor correspondente à respectiva estimativa. O lançamento é a legalização da receita pela sua instituição e a respectiva inclusão no orçamento.

Arrecadação – entrega, realizada pelos contribuintes ou devedores aos agentes arrecadadores ou bancos autorizados

RE 705423 / SE

pelo ente, dos recursos devidos ao Tesouro. A arrecadação ocorre somente uma vez, vindo em seguida o recolhimento. Quando um ente arrecada para outro ente, cumpre-lhe apenas entregar-lhe os recursos pela transferência dos recursos, não sendo considerada arrecadação, quando do recebimento pelo ente beneficiário.

Recolhimento – transferência dos valores arrecadados à conta específica do Tesouro, responsável pela administração e controle da arrecadação e programação financeira, observando o Princípio da Unidade de Caixa representado pelo controle centralizado dos recursos arrecadados em cada ente.” (BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Receitas Públicas – Manual de Procedimentos: aplicação à União, Estados, Distrito Federal e Municípios*. 2 ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2005, p. 22, grifos nossos)

Acerca da relevância do sentido técnico dos institutos jurídicos no processo de interpretação constitucional, confira-se excerto da ementa do RE 166.772, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.12.1994:

“INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSAO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe ‘inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que ‘conviria’ fosse por ela perseguida’ - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos

RE 705423 / SE

consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios.”

Considerado o preconizado no art. 150, §6º, da Constituição da República, em que submete à lei específica a concessão de “*qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições*”, por sua vez regulada no art. 14 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a desoneração tributária regularmente concedida impossibilita a própria previsão da receita pública. Logo, torna-se incabível interpretar a expressão “produto da arrecadação” de modo que não se deduzam essas renúncias fiscais.

Diante dessas razões, firma-se convicção no sentido de que é constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

Repise-se que não se desconhece da importância das transferências do FPM para as finanças municipais, refletindo-se na consecução da autonomia financeira desses entes federativos. No entanto, a meu ver, acolher a pretensão da parte Recorrente significaria infirmar o modelo de repartição das receitas tributárias eleito em sede constitucional.

Ademais, reafirma-se a esperança na correção de distorções empíricas no federalismo fiscal brasileiro por meio de políticas ordinárias ou constitucionais propositivas, como foram os casos das Emendas Constitucionais 55/2007 e 84/2014 em que se aumentou o percentual de participação das municipalidades no produto da arrecadação do IR e do IPI. Igualmente, acompanha-se com interesse a tramitação na Câmara dos Deputados da PEC 15/2011. Assinala-se aqui menção ao necessário diálogo interinstitucional subjacente à resolução dos dilemas do

RE 705423 / SE

federalismo fiscal brasileiro. No presente, tem-se esta solução nos moldes das atuais diretivas constitucionais.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se nega provimento.

Ademais, propõe-se ao Tribunal a fixação da seguinte tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: **“É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.”**

É como voto.

17/11/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu estou acompanhando o Relator, devo dizer que sem grande simpatia, não pelo voto de Sua Excelência, denso e precioso como sempre, mas por achar que, verdadeiramente, existe algum grau de injustiça fiscal no modelo que temos adotado.

Eu tenho a expectativa de que a crise do federalismo fiscal brasileiro, que entrou em pauta, seja capaz de gerar alguma reflexão e algum tipo de solução para um desequilíbrio que se revelou muito evidente, muito manifesto, de uma certa insolvabilidade dos Estados e Municípios de uma maneira geral.

É certo que esta crise fiscal decorre, em parte, da crise econômica, que, evidentemente, reduz a arrecadação. Penso que ela decorre também, e em grande parte, de uma irresponsabilidade fiscal grande que marcou um pouco a atuação de Estados e Municípios ao longo dos últimos anos de aparente bonança, inclusive com inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal. E nós vivemos um momento em que, para enfrentar a crise fiscal, terá de haver uma inexorável diminuição do tamanho do Estado, tanto no plano federal quanto no plano estadual, quanto no plano municipal. A sociedade não é mais capaz de sustentar o Estado brasileiro nas suas três dimensões à vista da proporção que ele assumiu, em que mais de 4% do PIB são gastos apenas com o pagamento da folha, fazendo com que não sobre dinheiro suficiente para os investimentos essenciais que a população, sobretudo a população mais pobre, precisa.

Assim sendo, a crise, a meu ver, decorre do momento econômico, decorre de uma certa irresponsabilidade fiscal, mas acho também que a crise dos Estados e dos Municípios decorre de um tipo de política de concentração de arrecadação na União que desfavorece gravemente Estados e Municípios. Essa crise decorre, em parte, da não

RE 705423 / SE

regulamentação da compensação das perdas da Lei Kandir - matéria que nós discutiremos na próxima semana; decorre da opção da União Federal pela criação e majoração de contribuições sociais e parafiscais, em vez de impostos nos quais os Estados e Municípios têm participação, o que mudou - e consta do voto de Sua Excelência essa observação - a proporção de Municípios, Estados e União na arrecadação global; e também decorre da política de desonerações que a União adota e que afeta indiretamente a arrecadação dos Estados e Municípios, que não apenas não imprimem dinheiro, como também não podem se beneficiar da utilização desses fundos gordos que a União utiliza, como o FGTS, o Fundo de Amparo ao Trabalhador e outros. Ou seja, nós temos um modelo de grande assimetria que, em parte, explica a crise dos Estados, não os absolve pela gestão, a meu ver, fiscal desleixada, mas a verdade é que o modelo se tornou progressivamente concentrador na União.

Feitas essas observações, no entanto, penso que, do ponto de vista constitucional, o voto do Ministro Luiz Edson Fachin faz a interpretação correta de que, não havendo a arrecadação, quer dizer, o tributo, tanto o Imposto de Renda quanto o IPI são inequivocamente da competência da União. A possibilidade de conceder isenções desse tributo, por lei, no caso do Imposto de Renda, e, no caso do IPI, até mesmo sem lei, e majorar ou reduzir a alíquota também tem previsão constitucional. Portanto, a competência é da União para arrecadá-los, a competência é da União para conceder isenções, os Municípios e os Estados, no Fundo de Participação, só têm direito a um percentual daquilo que tenha sido efetivamente arrecadado. Portanto, se não houve a arrecadação, eu acho que logicamente não há o direito à participação.

De modo que, ainda quando possa eventualmente parecer injusta essa política de desonerações, eu penso que não há direito adquirido dos Municípios nessa linha.

E há uma observação que ouvi do eminente Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que me pareceu relevante: é que essas isenções ou essas desonerações não recaem apenas sobre itens mais vistosos, como carros. A própria tabela de Imposto de Renda, por exemplo, ao

RE 705423 / SE

estabelecer a partir de que faixa de renda alguém deve pagar esse tipo de tributo, concede uma ampla desoneração, portanto, pelo que disse Sua Excelência da tribuna, a - não sei - 75% da população brasileira. Seria muito difícil calcular todo e qualquer tipo de isenção de Imposto de Renda, calcular uma eventual participação de Estados e Municípios. Quer dizer, eu acho que isso tolheria gravemente a política fiscal da União. Além do que a União não apenas não receberia o tributo do contribuinte, como teria que repassar aquilo que não recebeu. Esse argumento também me impressionou.

De modo que, neste caso, sem absolver a União pela política concentradora, a interpretação adequada é essa que propõe o eminente Relator, Ministro Luiz Edson Fachin.

Apenas para encadear e finalizar o meu raciocínio, Presidente, eu estou de acordo substantivamente com a tese proposta pelo Relator; e com ela concluo meu voto para fins de estabelecimento da minha premissa teórica, que é a seguinte:

(...) "é constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas quotas devidas às Municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos aos Impostos de Renda e Sobre Produtos Industrializados por parte da União."

Eu também penso assim; e, por essa razão, estou acompanhando o voto do eminente Relator.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, o eminente Ministro-Relator fez um exame profundo e exaustivo sobre esta questão, do ponto de vista constitucional. Eu gostaria de cumprimentar Sua Excelência pela profundidade do voto e dizer que o acompanho integralmente.

E faria um acréscimo, um argumento de ordem pragmática que a mim impressiona: parece-me um pouco simplista a alegação de que a desoneração fiscal, ou melhor, os incentivos especialmente fiscais produzem necessariamente uma redução inversamente proporcional das receitas dos Municípios e dos Estados. Podem produzir imediatamente; mas, do ponto de vista de médio prazo, nós temos que considerar que as desonerações fiscais, de um modo geral, são atribuídas também para promover o desenvolvimento econômico, que, por sua vez, gera maior arrecadação tributária e que, portanto, aumenta a participação dos Estados e dos Municípios nessa arrecadação futura.

No que se refere especificamente ao IPI, nós teríamos que fazer outra consideração: o IPI é um tributo com natureza e finalidade extrafiscal. Tanto que está dispensado da limitação do princípio da anterioridade. Ele pode ser cobrado no mesmo exercício em que foi instituído ou aumentado. Se nós dissermos que a União não pode administrar o IPI, aumentando ou reduzindo alíquotas para determinados setores ou, enfim, para situações específicas, porque isso representaria uma queda no Fundo de Participação, no meu entender, isso significaria retirar do IPI a sua própria natureza constitucional de tributo com finalidade extrafiscal.

Então, com essas brevíssimas observações, cumprimentando o Ministro-Relator pela exaustiva análise e profundidade do seu voto, eu acompanho também Sua Excelência.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	: MUNICÍPIO DE ITABI
ADV.(A/S)	: JONAS GOMES DE MOURA NETO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
INTDO.(A/S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - CNM
ADV.(A/S)	: PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: ABRASF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITALS
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ESTADO DA PARAIBA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, só para defender a consistência de meu voto.

A estatística trazida no voto do Ministro Fachin demonstra que no médio e no longo prazo a participação da União no bolo geral aumentou e a do Município caiu.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu confesso que tenho muita dúvida nesta matéria, mas, considerando a tese que é apresentada pelo eminente Relator no sentido de que, *in verbis*:

(...) "é constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas quotas devidas às Municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos aos Impostos de Renda e Sobre Produtos Industrializados por parte da União.", penso que posso acompanhar Sua Excelência sem prejuízo de continuar a refletir sobre a questão, mas por outra ótica, envolvendo também outras espécies de tributos.

Então, acompanho o eminente Relator.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre Representante do Ministério Público, senhores advogados, procuradores, estudantes.

Senhora Presidente, o mesmo desconforto que manifestou o Ministro Luís Roberto Barroso, eu também manifesto sob dois aspectos. O primeiro deles é que a União está preocupada, digamos assim, com o acervo que ela vai ter de pagar caso a jurisprudência proceda a essa modificação, diferentemente do que fez em relação ao ICM. Mas, se, por um lado, a União tem essa preocupação de que vai ter de pagar, já é fato notório que os Municípios já perderam mais de 121 bilhões por força dessas desonerações. Então, realmente é um problema, digamos assim, que até nos falta capacidade institucional para resolver, porque isso depende muito de negociações políticas para que os Municípios possam receber de forma a manter o equilíbrio fiscal deles, inclusive a situação econômico-financeira.

Recentemente houve uma questão de repartição de receitas, em que a Ministra Rosa tornou-se preventa, foi instada a deferir tudo em conjunto. Eu analisei as razões que Vossa Excelência utilizou para decidir como foi, que, de alguma maneira, influiriam no caso específico. O problema é que, realmente, quem tem de resolver essa questão é o Parlamento, não é o Judiciário, porque, em termos de constitucionalidade, realmente, a interpretação que o Ministro Fachin prestou é razoável.

O que me causa desconforto? Primeiro, esse confronto entre a efetiva perda dos Municípios e o temor da União. Os Municípios já estão vivendo uma realidade. A União teme viver uma realidade que poderia se resolver por meio de uma modulação. O segundo aspecto é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive a jurisprudência sumulada, faz mais ou menos uma distinção entre "não entrou o dinheiro, não arrecadou" e "não arrecadou porque cometeu atos de

RE 705423 / SE

disponibilidade". São coisas diferentes. Não arrecadar e não arrecadar porque dispôs daquilo que potencialmente é seu e também é dos outros é uma coisa diferente.

Nos debates que antecederam aquela questão do ICMS, há algumas colocações que são aforismas já consagrados: o poder de tributar compreende também o poder de isentar. Mas também aqui se diz, num belo debate com o Ministro Peluso e o Ministro Lewandowski, que isso é uma forma de fazer favor com o chapéu alheio, porque, na verdade, está criando desonerações, mas, na hora de repassar, vai repassar menos do que aquilo que o Município teria direito à luz da Constituição Federal.

A Súmula nº 578 do Supremo dispõe que:

"Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do imposto de circulação de mercadorias, atribuída aos Municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal."

E outras aqui, outros acórdãos ainda ressaltam que não se nega ao Estado essa competência para instituir isenções de tributos próprios, mas é importante que essas desonerações não impactem ao montante repassado aos Municípios.

Eu trago, aqui, Senhora Presidente, um voto longo, e eu vou, sinceramente, manifestar meu desconforto, talvez de maneira mais enfática, pedindo todas as vênias ao Ministro Fachin, para divergir do voto de Sua Excelência. E entender que efetivamente esse é um direito consagrado constitucionalmente aos Municípios e que não pode ser subtraído sob o pálio de uma competência tributária de desoneração, porque, **mutatis mutandis**, é mais ou menos aquilo que se decidiu aqui, não se pode fazer favor com chapéu alheio.

Dou provimento ao recurso, com as vênias dos votos que me antecederam.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Como já adiantado, em virtude da complexidade e da importância do tema posto em discussão, cuja solução perpassa pela análise dos contornos atuais do federalismo fiscal brasileiro em contraposição ao modelo proposto pelo constituinte de 1988, trago aos autos extenso voto escrito, em que subscrevo as razões pelas quais entendo merecer acolhida o pleito do Município de Itabi.

A fim de subsidiar a análise de mérito, destaco tratar-se na origem de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Município de Itabi em face da União, a fim de que seja considerado no cálculo do Fundo de Participação dos Municípios o montante relativo às desonerações de IR e IPI, concedidas pelo Governo Federal, nos últimos cinco anos. Requer-se ainda a devolução dos referidos valores, a serem apurados em sede de liquidação de sentença.

O Juízo de 1ª instância concedeu a antecipação de tutela, com base no entendimento do STF no RE 572.762, suspensa, posteriormente, pelo Desembargador Presidente do TRF da 5ª Região, nos autos da SS nº 4074/SE. Em seguida, proferiu sentença julgando totalmente procedentes os pedidos formulados pelo Município de Itabi, a fim de que a União utilizasse no cálculo do FPM a base de cálculo correspondente a 23,5% do produto da arrecadação do IR e do IPI (art. 159, I, "b" e "d", da CRFB/88), sem a exclusão de todos os valores relativos a benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidos pelo Governo Federal. Ademais, determinou a restituição da diferença entre os valores repassados dos últimos cinco anos, a contar do ajuizamento da demanda, corrigidos pela SELIC, com base nos dados do Tesouro Nacional e da Receita Federal.

Interposta apelação pela União Federal, o Tribunal *a quo* reformou a

RE 705423 / SE

sentença de 1º grau, ao argumento de que quando a Constituição previu que o “*produto da arrecadação*” seria repartido se referiu apenas ao que fora arrecadado. Além disso, a sistemática de repartição constitucional de receitas tributárias não teria o condão de alterar a competência da União para instituição do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados.

Irresignado, o Município interpôs o presente recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, alegando violação pelo acórdão do disposto no art. 159, inciso I, alíneas “b” e “d”, da CRFB/88, tendo em vista que a União não poderia conceder renúncia fiscal dos valores relativos à arrecadação do IR e do IPI na parte que caberia aos Municípios, vez que assim procedendo estaria renunciando a valores que não lhe pertencem. Aduz, ainda, que a Constituição Federal não faz alusão a nenhuma dedução a ser feita para a composição do FPM e que, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo, no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário dos entes responsáveis pelos repasses a que eles fazem jus. Por fim, alega que a União estaria utilizando os recursos que constitucionalmente pertencem aos Municípios, já bastante reduzidos, para conceder favores fiscais para determinadas empresas.

Não foram apresentadas contrarrazões pela União.

O recurso extraordinário foi admitido na origem, tendo esta Corte, em 09 de maio de 2013, reconhecido a repercussão geral do tema, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. IR E IPI. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ART. 159, I, b e d, DA CF. CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, INCENTIVOS E

RE 705423 / SE

ISENÇÕES FISCAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO.
REPERCUSSÃO ECONÔMICA, JURÍDICA E POLÍTICA.
EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

Este é o breve relatório.

Como se vê, cabe a esta Corte analisar, através da presente repercussão geral, se a política isentiva da União em relação aos principais impostos federais deve ou não ser levada em consideração no cálculo da parcela destinada aos Fundos de Participação dos Municípios, diante do que dispõe o art. 159, I, “b” e “d” da CRFB/88, que determina caber a estes últimos parcela do “*produto da arrecadação*” dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, no percentual que menciona.

O ponto principal da discussão consiste, portanto, em saber se de fato a expressão “*produto da arrecadação*” pressupõe que o tributo seja primeiro arrecadado, não havendo que se falar em qualquer direito por parte dos entes subnacionais antes disso. Sob essa ótica, haveria uma rígida separação entre os planos: da competência para instituição de tributos e o da arrecadação, o que, de certa forma, prestigia a posição da dogmática jurídica tradicional que tem defendido uma rígida segregação entre o Direito Tributário e o Direito Financeiro.

Em contrapartida, reconhecendo-se que a atividade financeira estatal - como fenômeno complexo que é - demanda uma análise interdisciplinar, que não se reduz à semântica e à sintaxe no campo tributário, mas, como leciona o Professor Ricardo Lobo Torres¹, aparece em constante diálogo com outras disciplinas jurídicas e extrajurídicas, mercê do coeficiente de normatividade que a todas informa, é possível - e mesmo desejável - que se verifique o alcance hermenêutico da expressão “*produto da arrecadação*”, constante no art. 159, I, “b” e “d”, da CRFB/88, à luz do Princípio

1 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 14-15.

RE 705423 / SE

Federativo e dos aspectos essenciais que o informam.

Para tanto, contudo, é importante que se parta de algumas premissas, relativas ao contexto atual do federalismo fiscal brasileiro e ao papel crucial que desempenham as participações no produto da arrecadação para fins de garantia da autonomia dos Municípios, dentro do modelo federativo desenhado pelo constituinte de 1988. A partir daí então será possível delimitar o alcance da expressão utilizada pelo legislador constituinte que melhor se coaduna com a abordagem complexa do fenômeno financeiro.

A seguir, tais premissas serão brevemente expostas para, então, proceder-se à análise do caso concreto.

I. O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO E A IMPORTÂNCIA DAS PARTICIPAÇÕES NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO, PARA FINS DE GARANTIA DA AUTONOMIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS.

O federalismo brasileiro é marcado por movimentos pendulares, que oscilam entre centralização de poderes e receitas nas mãos do Entre Central e descentralização, com aumento da participação dos Estados e Municípios na política nacional ao longo da história.

O Estado Federal brasileiro nasceu a partir da Constituição de 1891 e após a proclamação da República em 1889, como fruto da luta dos liberais contra o Poder Moderador, que centralizava na pessoa do Imperador a administração do Império do Brasil. Nesse sentido, cada uma das antigas províncias formou um Estado e o antigo Município Neutro se transformou no Distrito Federal (COSTA, Evandro Gomes da. "A Reforma Tributária e a Autonomia Financeira das Entidades Subnacionais". In: CONTI, José Maurício (org.). Federalismo Fiscal. Barueri: Manole, 2004. p. 140).

RE 705423 / SE

Esse destaque é importante, pois o modelo federativo pátrio foi construído em um período relativamente tranquilo da história nacional, já que não havia movimentos separatistas como em outras partes do mundo. Contudo, a sua evolução foi marcada por disputas de poder entre o governo central e as oligarquias regionais, responsáveis pelo citado movimento pendular que marca a história federativa brasileira.

Mesmo durante o Império, algumas oligarquias estaduais pressionavam o Poder Central para obter uma maior autonomia, o que juntamente com os clamores pela república e pela abolição da escravatura culminou com o fim do período imperial e a consequente Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889. A Carta de 1891, contudo, não contemplava a discriminação do produto da arrecadação, deixando a cargo de cada Estado o provimento de suas necessidades administrativas, de forma que a União só prestaria socorro em caso de calamidade pública e se solicitada, o que só contribuiu para acentuar as desigualdades regionais.

Teve início a partir daí então a denominada “República Velha”, caracterizada pela grande liberdade das oligarquias estaduais, que impunham sua vontade sem a interferência do governo central. A política nacional era conduzida pelos Estados mais ricos da federação, cujos representantes se revezavam no poder, comumente denominada de “política do café com leite”, por serem São Paulo e Minas Gerais os maiores produtores de café e de leite, respectivamente, revezando-se na Presidência da República.

Esse quadro perdurou até a Revolução de 1930 que levou Getúlio Vargas ao poder, dando início à República Nova. A chamada “Era Vargas” (1930-1937 e 1937-1945) promoveu lentamente um retorno à centralização, criando enormes obstáculos às oligarquias estaduais, enfraquecendo-as, embora as elites regionais continuassem a existir.

RE 705423 / SE

A Constituição de 1934 estabeleceu um federalismo mais cooperativo que o então vigente, marcando o surgimento de impostos regionais, cujo lançamento e a regulação ficavam a cargo dos Estados, mas o produto da arrecadação era dividido entre Estados e Municípios. Estabeleceu também, de forma obrigatória, o auxílio ao Nordeste, mediante percentual fixo sobre a receita federal e os impostos de competência residual da União ou Estados, cuja arrecadação era dividida entre os três entes.

Já a Constituição de 1937 representou um retrocesso do ponto de vista da discriminação do produto da arrecadação, sobretudo, com a supressão do auxílio à Região Nordeste e a supressão da repartição do produto dos impostos de competência residual, que passou a ser exclusivo da entidade tributante. As transferências dos Estados aos Municípios, contudo, não foram alteradas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a promulgação da Constituição de 1946, o Brasil retorna à democracia, mediante forte pressão pela descentralização. Diante desse quadro, a Carta de 1946 ampliou os poderes políticos e fiscais dos Estados, tendo esse período democrático durado até o Golpe Militar de 1964, quando então o Brasil passa por um período de vinte e um anos de centralização política e fiscal.

Importante destacar que a Constituição de 1946 restaurou as transferências previstas pela Carta Magna de 1934 e estabeleceu novas espécies, beneficiando os Municípios através de participações na arrecadação da União e dos Estados. Por tal razão, as ideias que permearam a Constituinte de 1946 foram denominadas de “revolução municipalista de 1946” (DI PIETRO, Juliano. “Repartição das Receitas Tributárias: A repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais.” In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.) Federalismo fiscal:

RE 705423 / SE

questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 73).

A Constituição de 1967 que vigorou durante o regime militar, entretanto, reduziu drasticamente a autonomia dos Estados, promovendo uma forte centralização das receitas fiscais na União, através da reforma tributária de 1966-67. Assim, embora houvesse mecanismos de participação na arrecadação, aperfeiçoados pela Carta de 1967 através de um amplo sistema de transferências, a maior parte das receitas tributárias estava concentrada no governo central.

Durante esse período, os governadores eram eleitos indiretamente e o poder central impunha severas restrições orçamentárias aos Estados, como o controle dos seus bancos e da emissão de títulos estaduais. No entanto, após os dez primeiros anos de regime militar, o país sofreu uma lenta e gradual redemocratização, com o restabelecimento das eleições diretas para governador em 1982.

Importante ressaltar que, na medida em que o governo militar passou a negociar com os governadores, buscando apoio, as antigas restrições orçamentárias foram sendo removidas, permitindo-se aos Estados a utilização de seus bancos e emissão de títulos, a fim de incrementar as receitas estaduais. Diante desse cenário, a ideia que prevaleceu na Constituinte de 1988 era a de que somente a descentralização política e fiscal conseguiria consolidar a democracia (REGIS, André. O novo federalismo brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 05).

Assim, sob a influência dessas ideias, a Constituição de 1988 não só reconheceu a autonomia das entidades subnacionais, como elevou os Municípios à categoria de entes federados, passando, dessa forma, a integrarem a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal.

RE 705423 / SE

A Constituição de 1988 consolidou então a tendência à descentralização fiscal, surgida no final da década de 1970, em resposta à centralização de receitas do governo militar. Essa descentralização, contudo, embora tenha sido acompanhada de algumas medidas de aumento de bases tributárias dos entes subnacionais, como a inclusão dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal na competência dos Estados, foi proporcionada basicamente por um crescimento considerável na participação dos entes na arrecadação federal, sobretudo dos Municípios, que passaram a receber uma expressiva parcela das receitas disponíveis da União, mediante a ampliação dos mecanismos de transferência.

Os Municípios, assim, não só aumentaram a sua participação na arrecadação federal, como passaram a receber diretamente da União os recursos que lhes foram constitucionalmente assegurados e que anteriormente lhes eram repassados pelos Estados.

Entretanto, após a redemocratização do país e especificamente durante o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que estabeleceu uma série de medidas estabilizadoras da economia e ao mesmo tempo de redução da autonomia estatal, as quais faziam parte do pacote do “Plano Real” (1994), iniciou-se um processo de consolidação de uma nova relação entre os entes federados, marcada pela recomposição de receitas pela União, aliada a uma forte dependência municipal das receitas federais e ao enfraquecimento gradual do papel político do Estado dentro da Federação.

Esse modelo perdura até os dias atuais e se mantém, basicamente, através de três fatores: 1) diminuição dos valores repassados aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, em razão da política isentiva da União em relação aos principais impostos de sua competência – IR e IPI, o que se discute *in casu*; 2) aumento extraordinário da arrecadação mediante contribuições, como forma preferencial de

RE 705423 / SE

incremento da arrecadação federal, justamente por estas não se submeterem à sistemática de partilha do produto da arrecadação – à exceção das Cide-Combustíveis; e 3) prorrogações sucessivas e expansão gradativa da DRU, que permite que a União dê continuidade à política de aumento da arrecadação via contribuições e possa, em seguida, desvincular parcela de sua receita para empregar em outros setores, que não o social, ao invés de prestigiar a instituição dos impostos de sua competência – que, por natureza, não possuem destinação vinculada.

A consequência inevitável disso é uma forte dependência dos Municípios dos recursos transferidos pela União, seja em decorrência de expressa previsão constitucional, seja através de transferências voluntárias, efetivadas mediante a celebração de Convênios e nem sempre concedidas mediante critérios técnicos e objetivos.

Grande parte dos Municípios, especialmente os menores, possui uma arrecadação irrisória de impostos próprios, ainda mais considerando que as principais bases de tributação municipal se resumem ao ISS e ao IPTU, de modo que em Municípios de potencial econômico reduzido, sobretudo por razões geográficas, a defasagem na arrecadação do primeiro é grande, tendo estes como base principal a arrecadação do segundo; insuficiente para fazer face às despesas no cumprimento das necessidades públicas. Esse descompasso na divisão de bases tributárias dos Municípios foi bem observado por Ricardo Lodi Ribeiro, na seguinte passagem:

“Aliás, causa espécie que em um País como o nosso onde a maioria dos Municípios tem a vocação rural, o sistema tributário nacional atribua ao ente local tributos nitidamente de matriz urbana como o ISS e o IPTU, condenando a maioria deles ao parasitismo fiscal, com a inevitabilidade da inexistência de instituição e de arrecadação voluntárias da União e dos Estados, o que fragiliza sobremaneira a autonomia local, a partir do adesismo às políticas dos entes centrais.” (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo e guerra

RE 705423 / SE

fiscal entre os estados. In: PENHA, Marcos Bueno Brandão da.; TUTUNGI JÚNIOR, Nicola (Org.). Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Volume XXII, Direito Tributário: Federalismo e Guerra Fiscal. Rio de Janeiro: APERJ. 2014. p. 386)

E nem poderia ser diferente em um país como o Brasil, marcadamente reconhecido pelas desigualdades regionais, e que conta com a quinta maior extensão territorial do mundo e mais de cinco mil Municípios².

Essas disparidades regionais podem e devem ser compensadas através das participações na arrecadação federal, justamente pela sua natureza incondicionada e por representarem recursos próprios dos entes subnacionais desde o seu surgimento. Ademais, as participações no produto da arrecadação aparecem como um importante instrumento de cooperação entre os entes, seguindo cada vez mais a tendência mundial de flexibilização na distribuição de recursos, a fim de promover uma maior integração entre as unidades que compõem a Federação.

Assim, através das participações no produto da arrecadação, como medidas compensatórias destinadas a equilibrar a diferença na divisão constitucional de bases tributárias entre os entes que integram a Federação, bem como amenizar as disparidades regionais existentes, o fato é que a própria Constituição reconhece o desequilíbrio das fontes de receita, trazendo mecanismos de equalização.

Nesse sentido, é de ver a lição de José Maurício Conti, que bem identifica a importância das participações na arrecadação como instrumentos de manutenção e garantia do equilíbrio federativo, sobretudo, em relação aos Municípios brasileiros, além de destacar a sua contribuição para a redução das desigualdades regionais, *verbis*:

2

Disponível

em:

<http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_territ_area.shtm>

RE 705423 / SE

“Os fundos de participação já vêm, há muito tempo, constituindo-se em valor de extrema relevância nas finanças de grande parte, principalmente, dos Municípios brasileiros. Sua importância é crescente como forma de repartição de riquezas entre as unidades governamentais, sendo, no atual ordenamento jurídico brasileiro, um instrumento fundamental do federalismo fiscal.

[...]

Os Fundos de Participação dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, além de integrarem este sistema de repartição de receitas, garantindo às unidades subnacionais recursos que não dependem de sua própria arrecadação, têm papel fundamental como instrumentos de manutenção do equilíbrio financeiro entre as unidades que compõem a federação [...].

Permitem que se estabeleçam mecanismos pelos quais se redistribua a riqueza, privilegiando as regiões menos favorecidas, além de proporcionar mais recursos para aquelas unidades que deles mais necessitam. É o que se procura fazer ao se estabelecerem critérios como população, superfície e inverso da renda per capita, adotados pelos fundos brasileiros, assegurando uma distribuição mais justa e equânime da renda entre as unidades que compõem a federação e, conseqüentemente, promovendo o equilíbrio federativo, nos exatos termos previstos no art. 161, II, da Constituição.” (CONTI, José Maurício. Federalismo Fiscal e Fundos de Participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 86-87)

No entanto, atualmente o que se tem observado é um desvirtuamento desses mecanismos através de um decréscimo ao longo dos anos na arrecadação dos impostos federais cuja receita é partilhada, de modo que a percentagem da receita tributária federal destinada aos Municípios desde a promulgação da Constituição tem diminuído consideravelmente.

Enquanto isso, as transferências voluntárias do Governo Federal aos

RE 705423 / SE

demais entes têm crescido desde meados da década de 1990³, apontando que estes últimos estão conseguindo “compensar” esse decréscimo nas receitas decorrentes de participações na arrecadação federal através das transferências intergovernamentais, efetuadas por intermédio de Convênios com a União.

Dessa forma, as receitas provenientes de Convênios firmados com a União, que deveriam servir de mola propulsora de programas governamentais específicos, estão sendo utilizadas muitas vezes para cobrir despesas correntes. Ou, ainda, grande parte dos Municípios brasileiros, com as receitas de participações inteiramente comprometidas, acabam dependendo das transferências intergovernamentais para saldar qualquer investimento ou despesa nova, desvirtuando as transferências voluntárias como instrumento de aperfeiçoamento do federalismo fiscal.

O que acaba ocorrendo nesse cenário de escassez de receitas é que as transferências voluntárias, em que os critérios políticos e partidários são decisivos para concessão, acabam atuando em grande medida como instrumentos de subordinação dos Municípios à vontade política da União. Some-se a isso o fato de que boa parte dos programas específicos financiados através da celebração de Convênios com a União envolvem contrapartidas por parte dos Municípios, de modo que aquela acaba realizando parte de seus projetos através da vinculação de receitas municipais a objetivos específicos de interesse federal.

3 Nesse sentido, vide: MOUTINHO, José da Assunção. Transferências voluntárias da União para municípios brasileiros: mapeamento do cenário nacional. Rev. Adm. Pública. 2016, vol.50, n.1, pp.151-166. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122016000100151&script=sci_abstract&tlng=pt>; e o estudo realizado pela equipe técnica do Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC 019.806/2014-0, elaborado em atendimento à deliberação do Plenário no Acórdão 2518/2012, com o objetivo de examinar a política de alocação de recursos federais aos municípios mediante transferências voluntárias. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A1536CDFB80153818CD6B578DA&inline=1>>

RE 705423 / SE

Na prática, esse cenário permite ao Executivo Federal exercer um controle substancial das políticas dos entes subnacionais, importando em uma perda significativa da autonomia concedida aos Municípios pelo constituinte de 1988.

Esse novo contexto federativo, propiciado pela política de austeridade do Governo Federal iniciada a partir de meados da década de 1990, e mantido ao longo dos anos através da manipulação, na prática, do sistema constitucional de repartição de receitas tributárias, é bem sintetizado na seguinte passagem, que destaca ainda as consequências nefastas desse modelo para a autonomia dos entes subnacionais:

“[...] observa-se que o contexto federativo atual não é mais o mesmo de 1988. Ao longo dos anos os Estados foram gradativamente perdendo receitas e poderes políticos que, paralelamente, passaram por um processo de recentralização pela União. Nesse novo cenário, os Municípios passaram a ter uma relação mais estreita com o Executivo Federal, tendo em vista que a maior parte deles não possui recursos suficientes para atender às necessidades básicas de seus habitantes, dependendo dos repasses federais para custeio de despesas correntes e de pessoal.

Dessa forma, atualmente a União detém o controle orçamentário dos entes subnacionais, na medida em que expande as transferências intergovernamentais, a fim de compensar os desequilíbrios gerados por políticas isentivas de tributos federais partilháveis, aliada a uma política de incremento de tributos federais não partilháveis, o que possibilita também um certo controle político da União sobre os demais entes, que se veem obrigados a executar a agenda política federal nesse cenário de escassez de recursos.”

(ALVES, Raquel de Andrade Vieira. “A Interpretação do art. 160 da Constituição à Luz do Novo Contexto Federativo”. Revista de Finanças, Tributação e Desenvolvimento da UERJ, Vol. 3, nº 3, 2015. p. 35)

RE 705423 / SE

II. CASO CONCRETO: A POLÍTICA DESONERATIVA DA UNIÃO EM RELAÇÃO AO IR E AO IPI E SEUS IMPACTOS NAS FINANÇAS DOS MUNICÍPIOS.

Como se pode verificar, o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios formam a base do sistema de equalização de receitas no Brasil, constituindo instrumentos fundamentais do federalismo fiscal pátrio.

Nesse sentido, é certo que a organização do Estado sob a forma federativa pressupõe a autonomia financeira dos entes que o compõem, a fim de que possam efetivamente exercer a sua autonomia política e administrativa. Entretanto, o sistema brasileiro de repartição de competências exclusivas não é suficiente para, por si só, assegurar às unidades subnacionais a plena autonomia financeira, diante das distorções que podem ocorrer em face das já apontadas diversidades regionais, fato esse que não passou despercebido pelo constituinte originário de 1988.

Atento às assimetrias do federalismo pátrio, o próprio constituinte de 1988 assegurou aos Estados e Municípios recursos que independessem da arrecadação das entidades regionais e locais, repassados tanto de forma direta, quanto de forma indireta pela constituição de fundos (discriminação pelo produto da arrecadação).

Aos repasses aos entes subnacionais por meio de fundos, o constituinte destinou, assim, quase metade da arrecadação do imposto de renda - IR e do imposto sobre produtos industrializados - IPI (49%), a ser distribuída na forma do art. 159 da Constituição Federal. O mesmo dispositivo determinou, ainda, a distribuição de vinte e nove por cento (29%) da arrecadação da Cide-Combustíveis aos Estados e ao Distrito Federal, dos quais vinte e cinco por cento (25%) seriam entregues aos Municípios, de acordo com os mesmos critérios de rateio utilizados pelo FPE e pelo FPM, a serem empregados no financiamento de programas de

RE 705423 / SE

infraestrutura de transportes (art. 177, §4º, “c” da Constituição).

Ocorre que a porcentagem da receita federal destinada aos Estados e Municípios tem sofrido um decréscimo ao longo dos anos, sobretudo, a partir do final de 2008, em que eclodiu uma crise econômica internacional que, em um contexto geopolítico de globalização dos mercados, irradiou seus efeitos negativos por toda economia mundial.

Esse cenário internacional influenciou diretamente as escolhas político-fiscais adotadas pelo governo brasileiro, que, seguindo as diretrizes do próprio Fundo Monetário Internacional - FMI⁴, passou a adotar instrumentos fiscais anticíclicos, como o estímulo à demanda interna através de incentivos fiscais, a fim de combater a retração da indústria nacional⁵.

Em razão disso, especialmente desde o fim de 2008, o Governo Federal tem utilizado a concessão de isenções de IPI incidente sobre eletrodomésticos da linha branca, bens de capital e automóveis, como política de incentivo ao consumo, a fim de estimular a produção industrial. O mesmo ocorreu com o IR pago pelas pessoas físicas, objeto de desonerações a partir do mesmo período, a fim de aumentar de forma indireta o poder de consumo das famílias.

Não obstante se reconheça que os objetivos das desonerações são louváveis e necessários, é inegável que essa política de desonerações dos

4 SPILIMBERGO, Antonio; SYMANSKY, Steve; BLANCHARD, Olivier. Fiscal Policy for the Crisis. IMF Staff Position Note. International Monetary Fund, 29 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/spn/2008/spn0801.pdf>>.

5 No mês de dezembro de 2008, foi registrada desaceleração de 12,4% frente ao mês anterior, de acordo com dados do IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sendo o pior resultado da série histórica, iniciada em 1991, influenciado principalmente pelo setor automobilístico, cuja produção caiu 39,7%. Fonte: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2009/02/497886-producao-industrial-cai-124-em-dezembro-no-ano-alta-e-de-31-diz-ibge.shtml>>

RE 705423 / SE

principais impostos federais causa um enorme impacto econômico nas finanças estaduais e municipais.

Isso porque o art. 159, inciso I, da Constituição determinou à União a obrigação de destinar vinte e um e meio por cento (21,5%) do produto da arrecadação do IR e do IPI para serem aplicados nos Fundos de Participação dos Estados e Distrito Federal; vinte e dois e meio por cento, mais dois por cento em virtude de Emendas Constitucionais (24,5%), para serem aplicados nos Fundos de Participação dos Municípios; e três por cento (3%) para aplicação em programas de financiamento dos setores produtivos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

O inciso II e os parágrafos 2º e 3º do art. 159, por sua vez, fixaram um repasse de 10% da arrecadação do IPI-exportação para os Estados, Distrito Federal e Municípios, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

Além disso, há ainda o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, criado pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, e regulamentado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, que vigorou de 1998 a 2006 e que recebe, entre suas fontes de recurso, 20% das receitas dos Fundos de Participação e do IPI-exportação.

A fim de proporcionar uma melhor visualização dos percentuais da receita de IR e IPI que são destinados constitucionalmente aos Fundos, confira-se a tabela explicativa a seguir, elaborada em recente relatório constante do acórdão nº 713/2014 do Tribunal de Contas da União – TCU (Processo TC 020.911.2013-0), ocasião em que a Corte de Contas pôde apreciar os impactos dessas desonerações nas repartições de receitas

RE 705423 / SEtributárias federais⁶:**IR e IPI - Percentual da arrecadação destinada a fundos**

Fundo	% Arrecadação do IR e IPI
FPM	24,5%**
FPE	21,5%
IPI- Exportação	10,0%*
FNE	1,8%
FNO	0,6%
FCO	0,6%
Fundeb	20% do FPM, FPE e IPI-Exportação

** Atualizada com a Emenda Constitucional nº 84, de 2 de dezembro de 2014.

* Apenas IPI.

Como se observa, uma boa parte da arrecadação federal com o IR e o IPI é repassada aos Estados e Municípios, de modo que desonerações que reduzam sensivelmente a arrecadação desses impostos geram impactos diretos no montante a ser repassado e, conseqüentemente, no orçamento dos entes subnacionais. Tendo em conta o contexto explicitado acima, vê-se que os Fundos de Participação possuem uma importância vital para a autonomia dos Estados e Municípios, principalmente para esses últimos, cujo grau de dependência das receitas federais é muito grande.

6 Tribunal de Contas da União. Plenário. TC 020.911/2013-0. Ministro Relator Raimundo Carreiro. Sessão Ordinária de 26.03.14. Ata nº 09/14. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/PROC%253A02091120130/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2>>

RE 705423 / SE

Para que se tenha uma ideia dos valores envolvidos nessa discussão, traz-se aqui a tabela elaborada pela equipe técnica de fiscalização do TCU, nos autos do processo TC 020.911/2013-0, que orientou o julgamento do Plenário e sua conclusão no sentido de que as políticas desonerativas da União têm impacto direto na arrecadação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devendo ser compensadas:

Valores não distribuídos aos fundos em decorrência da desoneração (2008 a 2012)

Região	FPM	FPE	IPI-Exp	Fundeb	FNE	FNO	FC
Nordeste	35,7%	52,5%	9,1%	26,3%	1,8%	-	-
Sudeste	31,0%	8,5%	54,3%	43,3%	-	-	-
Sul	17,4%	6,5%	26,0%	14,2%	-	-	-
Norte	8,7%	25,4%	6,7%	10,0%	-	0,6%	-
Centro-Oeste	7,2%	7,2%	3,9%	6,2%	-	-	0,6%

Fonte: TCU.

Destaque-se que essa análise foi feita em termos reais, descontando-se a inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA no período, e que, ao final, apurou-se que, entre 2008 e 2012, Estados, Distrito Federal e Municípios arcaram com cinquenta e oito por cento (58%) do valor total das desonerações concedidas pelo Governo Federal, equivalente ao montante de R\$ 190,11 bilhões de reais, contra quarenta e dois por cento (42%) arcados pela União, e equivalentes a R\$ 137,67 bilhões de reais, de um total de desoneração líquida equivalente a R\$ 327,78 bilhões de reais.

Dessa forma, pelo amplo estudo realizado pela equipe técnica de fiscalização do TCU, é possível verificar que a cada real (R\$ 1,00) de renúncia do IR e IPI concedida pela União, estima-se que cinquenta e oito centavos (R\$ 0,58) pertenceriam aos Estados e Municípios, uma vez

RE 705423 / SE

que parte substancial do valor arrecadado com esses impostos é compartilhada com os entes subnacionais.

Outrossim, a equipe identificou **um acirramento nas disparidades regionais, em razão da política desonerativa da União, posto que o Nordeste é a região que mais sofreu os impactos negativos causados pela redução dos repasses aos fundos constitucionais**, deixando de receber um total de R\$ 68,2 bilhões de reais. **Em contrapartida, a região Sudeste é a maior recebedora dos benefícios tributários**, cujos efeitos indiretos compensam em certa medida as reduções nos repasses constitucionais, o que já não ocorre com o Nordeste.

Além disso, constatou-se nos atos normativos que concederam os respectivos benefícios fiscais a **inexistência de estudos sistematizados sobre os impactos sociais e regionais das renúncias tributárias do IR e IPI**. Embora houvesse indícios de efeitos positivos na economia em decorrência dos benefícios relacionados ao IPI, além de tais efeitos não terem sido efetivamente confirmados, **verificou-se que essa correlação positiva não se mostra clara no que diz respeito às isenções do IR. E mesmo em relação ao IPI, os incentivos são realizados sem fundamentos técnicos**.

Adicionalmente, **concluiu-se que as desonerações de IR têm tido maior influência junto ao FPM e ao FPE do que as de IPI, uma vez que representam cerca de setenta e seis por cento (76%) das renúncias concedidas**, o que equivale a aproximadamente R\$ 247,8 bilhões líquidos.

Com isso, é possível de plano refutar a alegação de que a predominância da extrafiscalidade em relação ao IPI impossibilitaria o reconhecimento de que os valores referentes às desonerações concedidas pelo Governo Federal nos últimos anos deveriam compor a base de cálculo do montante a ser distribuído aos Fundos de Participação, já que maior parte das desonerações (76%) que impactam na parcela a ser

RE 705423 / SE

distribuída ao FPE e ao FPM se refere ao imposto de renda e não ao IPI.

Não se nega aqui a importante função que desempenha o IPI como instrumento de estímulo à economia nacional, de forma que a própria Constituição permite a alteração de suas alíquotas por ato do Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, e sem a necessidade de observância ao princípio da anterioridade de exercício (arts. 153, § 1º e 150, §1º, da CRFB/88).

Entretanto, entendo que, diante dos dados empíricos colhidos pelo próprio Tribunal de Contas da União, órgão técnico competente para efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação, nos termos do parágrafo único, do art. 161, da CRFB/88, e da injustificável ausência de estudos técnicos por parte do Governo Federal, não se afigura necessário o debate *de jure constituendo* acerca da conveniência ou não da escolha do IPI como tributo sujeito a repasse aos fundos. Faltaria, inclusive, a esta Corte a necessária capacidade institucional para levar a cabo tal discussão, que, como se observa, não é relevante perto do impacto de menor amplitude que as desonerações de IPI causaram no FPM e no FPE em relação às de IR.

Com efeito, não cabe ao julgador desconsiderar a perspectiva pragmática que envolve debates como este, sob pena de desprestigiar a Segurança Jurídica no plano concreto. Se não há estabilidade e nem previsibilidade de arrecadação em relação ao IPI – e aqui não estou sequer mencionando a deficiência de motivação técnica nos atos concessivos das respectivas desonerações –, por certo, há de haver em relação ao imposto de renda, cujo mandamento constitucional de cobrança é imperativo. Do contrário, seríamos obrigados a reconhecer que o art.159 da Constituição Federal não possui normatividade alguma, o que parece beirar o absurdo no contexto atual, em que a tônica das discussões jurídicas é dada através da máxima efetividade das normas constitucionais.

RE 705423 / SE

Nesse ponto, cabe indagar qual teria sido o objetivo do constituinte ao reservar quase metade da arrecadação dos principais impostos federais à composição dos Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, senão dar efetividade ao compromisso descentralizador, assumido com a promulgação da Carta de 1988, garantindo às unidades descentralizadas recursos suficientes para a realização de suas atribuições, e que independessem da sua própria arrecadação? É dizer, a função do art. 159 – e também dos arts. 157 e 158 – dentro do sistema constitucional brasileiro é justamente garantir a autonomia financeira dos entes federados ao lado do exercício das competências tributárias próprias.

Assim, negar a relação existente entre o exercício da competência tributária da União no que concerne aos principais impostos federais e a garantia da autonomia dos entes subnacionais, estabelecida pelo próprio constituinte originário - que prestigiou um modelo de cooperação entre as três esferas de poder na repartição de recursos financeiros -, é o mesmo que negar a eficácia do Princípio Federativo, eximindo o Governo Federal do seu papel de coordenação dentro da Federação brasileira.

Tal entendimento, se levado ao extremo, permitiria que a União pudesse simplesmente zerar as alíquotas de IR e IPI, ou ainda, que pudesse deixar de instituir tais impostos, sem que se reconhecessem os graves danos de uma conduta como essa ao Pacto Federativo, sob a justificativa expressa pelo seguinte aforismo “*o poder de tributar envolve igualmente o poder de desonerar*”.

Com todas as vênias aos que comungam dessa opinião, resumir o presente conflito federativo à liberdade no exercício de suas competências tributárias pela União é reduzir a discussão e estancar a análise na estrutura da norma de competência, sem se preocupar com a sua perspectiva funcional dentro do sistema em que está inserida.

RE 705423 / SE

Providencial, nesse aspecto, a lição de José Souto Maior Borges, que, ao tecer uma crítica contundente ao reducionismo metodológico que tem sido empregado no estudo do Direito Tributário, propõe uma nova perspectiva de análise para o tema, *verbis*:

“Pode-se dizer que o estudo do Direito Tributário – a acatar-se as ponderações deste breve ensaio – deverá evoluir ‘da estrutura à função’, tema de um belo estudo de Norberto Bobbio (*Dalla struttura alla funzione. Milão: Edizione di Comunità, 1977.*). Os estudos estruturais da relação obrigacional tributária devem então – forçoso é dizê-lo – passar a um plano auxiliar da perspectiva funcional. Não que eles devam ser desconsiderados – longe disso. O que eles não devem é mostrar-se exclusivos, como vem ocorrendo. O seu papel é o de inspiradores de novos rumos e não objetivamente impeditivos de novos estudos.” (BORGES, José Souto Maior. “Um Ensaio Interdisciplinar em Direito Tributário: Superação da Dogmática”. Revista Dialética de Direito Tributário nº 211, abril, 2013. p. 114)

Não por acaso, as conclusões trazidas pela equipe técnica do Tribunal de Contas da União levaram o Plenário daquela Corte, em sessão realizada em 26 de março de 2014, a **determinar a elaboração de um estudo técnico pelo Ministério da Fazenda para avaliar os resultados efetivos obtidos com as desonerações dos impostos federais e seu respectivo impacto na repartição de receitas tributárias aos demais entes. Além disso, o Tribunal recomendou expressamente a adoção de medidas pela União que importassem na instituição de mecanismos permanentes para minimização ou neutralização dos impactos das respectivas desonerações nos fundos constitucionais, reconhecendo a importância dessas medidas para manutenção do Pacto Federativo, *verbis*:**

“9.1. recomendar à Casa Civil da Presidência da República, em conjunto com o Ministério da Fazenda, que adotem medidas com vistas à inserção, nas propostas normativas concessoras de renúncia

RE 705423 / SE

tributária do IR e IPI, ouvidos os Estados e Municípios, de estudo prévio quanto aos objetivos pretendidos, indicadores e metas esperados com o benefício tributário, além do impacto sobre os repasses aos Fundos Constitucionais de Financiamentos (FNO, FNE e FCO), Fundos de Participação (FPM e FPE), IPI-Exportação, bem como relativamente ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), em observância aos princípios da publicidade e eficiência, insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e ao princípio da transparência para a responsabilidade na gestão fiscal contido no parágrafo 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 101/2000;

9.2 determinar ao Ministério da Fazenda que promova estudo técnico para avaliar os resultados obtidos com as desonerações do IR e IPI em vigor, bem como as consequências da redução das alíquotas de tributos para a repartição de receitas aos entes subnacionais, com vistas à transparência e eficiência das ações governamentais, de acordo com os princípios insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal e os objetivos para redução das desigualdades sociais e regionais contidos nos artigos 3º, inciso III, e 43 da Constituição Federal, o qual poderá subsidiar o exame da prestação de contas da presidente da República referente ao exercício de 2014 de responsabilidade deste Tribunal;

9.3 recomendar à Casa Civil da Presidência da República que, com base no estudo promovido pelo Ministério da Fazenda (item 9.2 deste Acórdão), adote medidas, para instituição de mecanismos permanentes que minimizem (ou neutralizem) os impactos das desonerações do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados sobre os Fundos Constitucionais de Financiamentos (FNO, FNE e FCO), Fundos de Participação (FPM e FPE), IPI-Exportação, bem como relativamente ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), com vistas a resguardar os princípios fundamentais do pacto federativo e da redução das desigualdades sociais e regionais, insculpidos, respectivamente, nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, assim como o princípio da responsabilidade fiscal contido no art. 1º, parágrafo 1º da Lei

RE 705423 / SE*Complementar 101/2000.” (grifos aditados)*

Essa decisão do TCU, nos autos do processo TC 020.911/2013-0, é um paradigma em termos de reconhecimento dos impactos que a política desonerativa federal causa nas finanças dos entes subnacionais, o qual merece servir de inspiração para esta Corte. Nesse ponto, a Corte de Contas logrou comprovar, através de dados empíricos e estudos técnicos realizados pelos auditores do Órgão, o caráter significativo das perdas sofridas pelos Estados e Municípios, cujo destaque fica por conta da sugestão expressa para adoção de medidas neutralizadoras desses impactos, por parte do Governo Federal, a fim de restaurar o equilíbrio federativo.

Ressalte-se que não é a primeira vez que o STF se depara com o impacto de desonerações nas transferências orçamentárias para outros entes. Já na década de 1970, esta Corte julgou caso em que estavam envolvidos Municípios paulistas e o Estado de São Paulo, em virtude do desconto, por este último, de três por cento a título de reembolso de despesas administrativas, da parcela do ICMS que deveria ser repassada aos Municípios, por força de previsão constitucional (Pleno, RE nº 75.042, Rel. Min. Carlos Thompson Flores, Julgado em 07/12/72, DJ de 04/05/73).

A Corte entendeu que o valor que deveria ser repassado ao ente municipal não poderia sofrer qualquer desconto, a menos que houvesse previsão constitucional nesse sentido. Essa análise, reafirmada em julgados anteriores da Primeira Turma, restou consolidada no Enunciado da Súmula nº 578: *“Não podem os Estados, a título de ressarcimento de despesas, reduzir a parcela de 20% do produto da arrecadação do imposto de circulação de mercadorias, atribuída aos municípios pelo art. 23, § 8º, da Constituição Federal.”*

Mais recentemente, no julgamento do RE nº 572.762/RS (Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 18/06/08, DJ de 05/09/08.), o STF foi instado a se manifestar sobre o incentivo referente à postergação no

RE 705423 / SE

pagamento do ICMS, dentro do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, que levaria ao adiamento do repasse da parcela do imposto estadual que pertence aos Municípios.

No julgamento do referido recurso, o STF entendeu que, apesar de o Estado possuir competência para a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS, o repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode se sujeitar à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. É o que se observa no diálogo entre os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Cezar Peluso:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - 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 do tributo – como Vossa Excelência muito bem disse – pertencente ao Município.

[...]

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO

[...] Aí vem a pergunta final, com a qual encerro a minha participação: esse incentivo há de se fazer com a exclusão dos vinte e cinco por cento? Ou seja, o estado não tem a disponibilidade do total da receita do ICMS e somente dos seus setenta e cinco por cento? O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) – É claro. Para mim não há dúvida com relação a isso.

Data venia, não posso pagar uma esmola com a ajuda de Vossa Excelência.

[...]

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, O ingresso não se dá porque o Estado não deixou que se desse.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, O Estado

RE 705423 / SE

altera a maneira de calcular o que pertence aos Municípios. Ele muda a base de cálculo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não se dá porque o Estado não deixa que entre.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É o produto da arrecadação. Ele 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.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É a primeira vez que estamos decidindo nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Sem dúvida, é uma repercussão geral, por isso é que veio a Plenário." (Grifos aditados)

É importante destacar que, embora a questão de fato em análise no presente caso não seja idêntica à do caso submetido à análise da Corte no RE 572.762, os fundamentos jurídicos utilizados naquele podem perfeitamente ser aplicados a este, sobretudo, no que concerne ao reconhecimento de que o direito do Município não estaria condicionado ao efetivo ingresso do tributo no erário estadual, porque constituiria receita própria do primeiro desde o seu surgimento, não podendo o Estado dela dispor livremente.

De fato, no RE 572.762 a hipótese não era de isenção, mas de diferimento, e envolvia o Estado *versus* Município. Adicione-se, ainda, o fato de que nesse caso o Estado chegava, inclusive, a receber o ICMS – ou seja, *arrecadava* o imposto – e depois, através de um agente financeiro, devolvia parte à empresa. Já no caso em análise no presente recurso extraordinário, os valores referentes ao IR e ao IPI desonerado não chegam sequer a ingressar nos cofres da União, tendo em vista que o ato de disposição é anterior à própria *arrecadação* do imposto.

RE 705423 / SE

Com base nessa sutil diferença entre as hipóteses fáticas em comento construiu-se o entendimento de que o precedente firmado pela Corte no RE 572.762 só seria aplicável aos casos em que o tributo é *efetivamente arrecadado* pelo ente transferidor, ficando todas as demais fora do seu âmbito de aplicação, como ocorreria no caso das isenções concedidas pela União que aqui se discutem. É o que se pode denominar de *restrictive distinguishing*, que se configura quando o tribunal estreita ou restringe o princípio de um precedente, caso a sua aplicação possa produzir um resultado indesejável (FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. “O passado (RE 572.762/SC) e o futuro (RE 705.423/SE) dos ‘impostos compartilhados’ na jurisprudência do STF: o problema dos incentivos fiscais atuantes antes da arrecadação (‘genéricos’)”. Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 22, vol. 118, set-out. 2014).

Contudo, essa posição parece dar mais valor ao relatório do precedente firmado no RE 572.762, do que propriamente à fundamentação jurídica que levou a Corte a reconhecer o direito do Município de não ter as suas finanças pautadas pela política fiscal do Estado. Na verdade, essa tentativa de isolamento do precedente formado pelo RE 572.762 desconsidera o peso dos argumentos trazidos pelos Ministros durante a sessão de julgamento, em uma espécie de tentativa de reescrever a tese firmada na ocasião. Para tanto, basta conferir, exemplificadamente, os trechos principais dos votos de alguns Ministros presentes à referida sessão de julgamento:

“A questão debatida neste recurso extraordinário consiste em saber se é lícito ao Estado postergar o repasse de parcela do ICMS devida aos Municípios, nos termos do art. 158, IV da Carta Magna, a pretexto de que o seu recolhimento foi adiado em virtude da concessão de incentivos fiscais. [...] Destarte, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo no tocante à repartição de receitas

RE 705423 / SE

tributárias, qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles fazem jus. [...] esta Corte já se defrontou com questão semelhante, na ADI-MS 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, oportunidade em que se suspendeu cautelarmente a eficácia de dispositivo legal (§ 3º do art. 114, introduzido na Lei estadual 6.537/73 pela Lei 11.475/2000), que autorizava o repasse, a menor, de parcela do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA devida aos Municípios gaúchos. Reconheceu-se, na ocasião, que as comunas têm o direito subjetivo de exigir a parte que lhes cabe na arrecadação daquele tributo, devendo tal raciocínio estender-se, pelas mesmas razões jurídicas, à parcela do ICMS a que têm direito, por força de expressa disposição constitucional. Não merece acolhida, data venia, a alegação de que o direito do Município estaria condicionado ao efetivo ingresso do tributo no erário estadual, porque apenas nesse momento é que passaria a existir como receita pública. [...] a parcela do ICMS mencionada no art. 158, IV, da Carta Magna, [...] 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.” (Ministro Ricardo Lewandowski)

“Senhor presidente, o argumento trazido pelo Estado é inteligente, na alegação de que tratar-se-ia do produto da arrecadação, mas isso levaria a uma iniquidade, porque far-se-ia uma intervenção indevida na regra da Federação. Se fosse assim, nós estaríamos deixando ao Estado estabelecer qual o percentual que iria ser repassado aos Municípios. E isso, evidentemente, viola disciplina constitucional.” (Ministro Menezes Direito)

“[...] apenas acrescentando ao que acaba de afirmar o Eminentíssimo Ministro Menezes Direito, a Federação brasileira se compõe exatamente com a garantia da autonomia municipal. Ora, se essa autonomia, que depende sempre dos recursos na forma estabelecida pela Constituição, pudesse deixar de ser atendida, evidentemente, estaríamos diante de um quebrantamento, mais do que de uma regra, de um princípio constitucional.” (Ministra Cármen Lúcia)

RE 705423 / SE

“De fato, não se pode falar em autonomia municipal sem autonomia tributário-financeira, que, aliás, é suporte da autonomia político-administrativa de qualquer das entidades 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. Daí o artigo 158 dizer que ‘pertencem aos Municípios’. A própria Seção VI da parte do capítulo versante sobre Direito tributário já diz ‘Da Repartição das Receitas Tributárias’. Há um condomínio federativo - o Ministro Celso de Mello gosta muito disso - no plano das receitas [...].

De fato, aqui está dito vinte e cinco por cento da arrecadação, e o Estado alega que essa arrecadação não se materializou exatamente porque diferida ou postergada. Surge a pergunta: o Estado pode, à custa do Município, postergar, diferir a arrecadação de ICMS? É certo que a primeira resposta seria ‘não’ porque, quando a Constituição procura garantir essa arrecadação, ela diz, em seu artigo 160: ‘Art. 160. É vedada a retenção’ - em uma linguagem ainda mais radical, protetiva dos Municípios - ‘ou qualquer restrição à entrega e ao emprego’ - nesse ponto, a Constituição é eminentemente tutelar - ‘dos recursos atribuídos, nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.’

A própria Constituição abre uma exceção a essa proibição no parágrafo único: ‘Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;’ - que não é o caso. II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.’

Também não é esse o caso porque aqui se trata de forçar os entes federados à aplicação de recursos mínimos na saúde pública.

Com essa interpretação sistemática até agora elaborada, eu endossaria, com todo conforto intelectual, o voto do eminente Relator e dos eminentes Ministros que também perfilharam o entendimento de

RE 705423 / SE

Sua Excelência o Ministro Ricardo Lewandowski.” (Ministro Carlos Ayres Britto)

“As parcelas da receita tributária em questão não poderão ser reduzidas pelos Estados-membros (que sequer têm qualquer poder de disposição sobre elas), não lhes cabendo manipular o repasse de tais parcelas devidas aos Municípios (CF, art. 158, IV), ainda que sob o pretexto (claramente inconstitucional) de que, em decorrência de um programa de desenvolvimento estadual (PRODEC), tenha sido concedido, às empresas contribuintes, como modalidade de benefício fiscal, a postergação do recolhimento do próprio ICMS. Vale lembrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, já sob o regime constitucional anterior, decidiu, ainda que em perspectiva diversa, que a parcela de receita tributária (federal ou estadual), constitucionalmente devida aos Municípios, a estes pertence, integralmente, por direito próprio, rejeitada, por isso mesmo, por inconstitucional, qualquer redução, supressão ou exclusão de valores pertinentes aos tributos submetidos pela própria Constituição, ao sistema de partilha. [...]” (Ministro Celso de Mello)

Pelo que se vê, o fato do incentivo fiscal ser posterior à arrecadação não foi o fundamento principal para a acolhida do pleito municipal, argumento que, inclusive, chegou a ser enfrentado por alguns Ministros que refutaram a tese de defesa do Estado.

Daí porque o *distinguishing* entre o precedente firmado no RE 572.762 e o presente caso, conforme defendem alguns, revela verdadeira tentativa de alteração da jurisprudência desta Suprema Corte, aniquilando a tese que, por diversas vezes, foi e vem sendo aplicada pela jurisprudência deste Tribunal.

Nesse ponto, cabe rememorar a advertência feita por Richard A. Posner, membro da magistratura norte-americana, de acordo com o qual o *distinguishing* é uma ferramenta pragmática útil quando não é simplesmente um eufemismo para o *overruling*. Os juízes, muitas vezes,

RE 705423 / SE

reduzem um precedente à morte decidindo o novo caso no sentido oposto, quando a única diferença entre os dois casos – diferença que o Tribunal escolhe como a base para o *distinguishing* – é algo irrelevante para a *holding* do primeiro caso. (POSNER, Richard A. How judges think. Cambridge: Havard University Press, 2010, p. 184).

Vários são os precedentes desta Corte que, aplicando a mesma *ratio decidendi* utilizada no RE 572.762, decidiram questões idênticas à presente. É o caso, por exemplo, do RE 726.333 AgR (Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/12/13, DJ de 03/02/14), que confirmou a decisão monocrática em que se assentou expressamente a “irrelevância da ausência de efetivo ingresso no erário estadual do imposto”, para fins de refutar a tese do Estado de inaplicabilidade do *leading case* à espécie.

O mesmo ocorreu na STA 451 AgR (Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 18/05/11, DJ de 02/06/11), em que o próprio Plenário do STF refutou a pretensão estatal de afastar a aplicação do *leading case* com base na diferença entre os programas de incentivo do Estado de Pernambuco e do Estado de Santa Catarina, afirmando-se que “em ambos, há uma burla à sistemática constitucional de repasse dos 25% pertencentes aos municípios, pouco importando o mecanismo técnico utilizado para tanto”, apesar da particularidade de que, no caso catarinense, os valores devidos a título de ICMS eram efetivamente recolhidos, enquanto no caso pernambucano, a Fazenda evitaria que os recursos chegassem aos cofres públicos por meio de concessão de crédito presumido. No mesmo sentido, o RE 695.421 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/04/13, DJ de 15/05/13.

Observe-se que esses precedentes foram definitivos, de modo que nesses casos concretos a questão relativa ao momento da concessão do incentivo – se antes ou depois de efetivada a *arrecadação* do imposto – não foi relevante para o deslinde da controvérsia, que se encerrou a favor das municipalidades. Esse contexto culminou, inclusive, na edição da Súmula

RE 705423 / SE

Vinculante nº 30, suspensa em 04 de fevereiro de 2010, após questão de ordem levantada pelo Ministro Dias Toffoli ("É inconstitucional lei estadual que, a título de incentivo fiscal, retém parcela do ICMS pertencente aos municípios.").

Frise-se, ademais, que naquele *leading case* não se negou a competência do Estado para a instituição de benefícios fiscais relativos a tributos próprios, mas, por outro lado, se reconheceu a necessidade de que essas benesses não impactassem no montante repassado aos Municípios, por força de expressa disposição constitucional.

Inclusive, o próprio Tribunal de Contas, ao decidir pedido de reexame interposto pelo Ministério da Fazenda no já mencionado processo TC 020.911/2013-0, acolheu em parte as suas alegações, para entender incabível a oitiva dos Estados e Municípios quanto aos estudos prévios necessários às propostas de concessão de renúncias do IR e IPI, sob os seguintes argumentos expostos no relatório da auditoria:

"Análise

[...]

5.6. Nesse sentido, a proposta de oitiva de Estados e Municípios acerca desses estudos, a qual inclusive não constava na proposta de encaminhamento dos técnicos (peça 78, p. 24), mostra-se, de fato, inconstitucional e desarrazoada. A repartição de receitas tributárias prevista no art. 159 da Constituição Federal não retira dos respectivos entes a prerrogativa de instituir e, por conseguinte, renunciar aos tributos de competência própria, não obstante a questão esteja em franca discussão no Supremo Tribunal Federal, inclusive com repercussão geral reconhecida (Recurso Extraordinário 705.423/SE).

5.7. As prerrogativas da União de renunciar aos tributos de sua competência constituem pilares do pacto federativo e estão garantidas pela Constituição Federal. Pensamento em contrário traria fortes prejuízos, inclusive, às políticas de desenvolvimento regional, a exemplo do previsto nos artigos 43, § 2º, III; e 151, inciso III, da Carta Magna.

RE 705423 / SE

5.9. Além disso, a oitiva prévia de 26 Estados, do Distrito Federal e de mais de cinco mil municípios, de fato, inviabilizaria a possibilidade de o ente federal realizar políticas fiscais com a celeridade normalmente recomendada para momentos de crise.

5.10. Destaque-se que a Constituição Federal aparelhou a União com instrumentos hábeis a enfrentar conjunturas adversas na economia, possibilitando a alteração tempestiva de alíquotas de tributos como o IPI, sem o respeito à anterioridade tributária exatamente como medida célere.

5.11. É importante ressaltar que as prerrogativas da União de renunciar às receitas próprias não constituem ampla liberdade, pois as desonerações tributárias se submetem aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente em seu art. 14, bem como aos princípios constitucionais, sem que haja obrigatoriedade de oitiva prévia dos Estados e Municípios. Com isso, apenas exigências previstas na Constituição ou com respaldo em Lei podem ser inseridas nesse processo.” (grifos aditados)

Observe-se que o Tribunal de Contas apenas afastou a necessidade de oitiva prévia dos Estados e Municípios, para fins de concessão de incentivos pela União, porquanto tal recomendação a impossibilitaria de exercer a sua política fiscal. Com isso, a própria Corte de Contas assentou que a competência da União em relação à instituição e consequente desoneração de seus tributos em nada seria afetada pelo referido *decisum*. Na ocasião, reconheceu ainda a complexidade dos estudos a serem realizados, sem, contudo, eximir o Executivo Federal de fazê-los, determinando que os mesmos fossem feitos em conjunto com os órgãos e entidades da Administração envolvidos na formulação e gestão das respectivas políticas de incentivo fiscal.

Veja-se o trecho do voto proferido pelo Ilmo. Conselheiro Relator:

“Voto:

[...]

Assim, de pronto, deve ser esclarecido ao recorrente que o

RE 705423 / SE

comando do item 9.1 do acórdão em debate não tem caráter de cogência. Não obstante, ao fazer a recomendação, o Tribunal, a partir do relatório técnico produzido pela equipe de auditoria da Semag, vislumbrou uma clara oportunidade de melhoria na política pública de renúncia tributária do Governo Federal, em consonância com os princípios norteadores da boa gestão administrativa em geral, e fiscal, em particular (publicidade, eficiência, planejamento e responsabilidade).

Em todo caso, assiste razão à Serur quando propugna pela reforma do mencionado item da decisão, dele retirando-se a expressão “ouvidos os Estados e Municípios”, para que não possa ela suscitar insegurança jurídica aos atos de renúncia tributária da União e a criação de expectativa de direitos nos demais entes da Federação, sem que estivessem devidamente positivados no sistema legal de regência.

Quanto ao item 9.2, supra, o Ministério da Fazenda faz várias considerações sobre os óbices técnicos para a realização dos estudos determinados pelo TCU.

Tais estudos, no meu sentir e pelo teor da determinação, referem-se a avaliações de impacto das desonerações do IR e IPI na repartição de receitas entre entes subnacionais. Mais uma vez, verifico que o Tribunal, ao emitir o comando, procurou nortear a política tributária do Governo Federal para que ela seja planejada e executada a partir de parâmetros fidedignos e que apontem para resultados concretos, tudo em harmonia com a necessidade de que ela seja direcionada para redução das desigualdades sociais e regionais e, principalmente, esteja alinhada com os princípios constitucionais da transparência e eficiência.

O Ministério da Fazenda alega que “há dificuldades técnicas quanto à Ciência Econômica para analisar estatisticamente variáveis dinâmicas do mercado alteradas por diversas políticas públicas simultâneas, havendo poucos exemplos na literatura acadêmica em relação ao tema.”

Realmente, por um lado, deve-se reconhecer que as avaliações de impacto, mormente as que envolvem diversas variáveis e vetores, não são estudos de fácil condução. Por outro, não são óbices intransponíveis. Na necessária busca pela excelência na

RE 705423 / SE

Administração Pública, é dever dos agentes procurar converter as dificuldades técnicas em janelas de oportunidades.

Ademais, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, logo no art. 1º, § 1º, preconiza que “a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente”.

[...]

Assim sendo, é pertinente a proposta da Serur de manter a essência da determinação, mas com as modificações sugeridas no sentido de que os estudos sejam feitos em conjunto com os órgãos e entidades da Administração envolvidos na formulação e gestão das respectivas políticas de incentivo fiscal. Todavia, as desonerações devem seguir critérios de materialidade e relevância a serem previamente informados e aprovados por deliberação do TCU. Procura-se, com isso, ajudar o Ministério da Fazenda na transposição dos óbices técnicos à efetivação do item, o que vai ao encontro das ponderações feitas na sua peça recursal.” (grifos aditados)

Logo, reconhecer que a União deve compensar os impactos negativos de sua política fiscal em relação ao IR e ao IPI nos últimos anos, neutralizando no cálculo do FPM o impacto negativo dos valores desonerados, não significa que o Poder Judiciário está impondo uma limitação ao exercício da competência tributária da União. Primeiro, porque a União continuará podendo conceder isenções relativas aos impostos de sua competência, devendo apenas considerar o seu valor no cálculo do montante total a ser repassado aos fundos. É dizer, as desonerações deverão ser suportadas por quem desonera, ou, na feliz expressão empregada por Régis Fernandes de Oliveira, não se pode fazer “*cortesia com o chapéu alheio*” (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. – 6ª Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 129).

Em segundo lugar, foi o próprio constituinte originário que atrelou o exercício da competência tributária da União em relação aos principais impostos federais à garantia da suficiência de recursos às unidades subnacionais, por intermédio do mecanismo de partilha. Ou seja, o

RE 705423 / SE

legislador constituinte, pensando em um modelo ideal de cooperação instituiu um limite à livre disposição de receitas tributárias pelo Governo Federal, qual seja: a autonomia das entidades descentralizadas que compõem a Federação.

E assim o fez porque trabalhava justamente com um cenário ideal, de modo que não poderia prever que o aumento extraordinário da arrecadação das contribuições, que tem sido observado nos últimos anos - a despeito da inobservância do seu perfil constitucional -, permitiria à União abrir mão de boa parte das receitas dos principais impostos federais. Como bem observa André Elali:

“A União, por possuir a competência relativa às contribuições, vem instituindo diferentes tributos que, em verdade, não se caracterizam como contribuições, tudo para evitar a transferência de recursos aos estados e Municípios. E este é um problema dos maiores, porquanto além de desnaturar a espécie tributária em si, que deve manter um mínimo de referibilidade com a atuação estatal e/ou com a fonte da receita, não se transfere aos demais entes parte do montante arrecadado, por não se qualificar como imposto. (...) Desta forma, pode-se afirmar que há um certo desequilíbrio do poder tributante da união em relação aos Estados e Municípios, passando a ter aquela, a cada dia, maiores poderes para determinar os rumos da Federação. E tal realidade repercute nos problemas de ordem financeira dos outros entes federativos, que ficam cada vez mais dependentes da União, dos recursos federais e das transferências intergovernamentais”. (ELALI, André. O federalismo fiscal brasileiro: algumas notas para reflexão. Revista tributária e de finanças públicas, São Paulo, n. 69, ano 14, jul./ago. 2006. p. 23)

Esse é o grande problema da questão federativa posta à apreciação desta Suprema Corte no presente caso: ela não pode ser encarada de forma isolada. De fato, o Governo Federal só abriu mão das receitas de IR e IPI como fez nos últimos anos, porque possui à sua disposição receitas exclusivas, provenientes da instituição de tributos não partilháveis com

RE 705423 / SE

os Estados e Municípios. Não fosse o significativo incremento na arrecadação federal, promovido pela União sobretudo a partir de meados da década de 1990, através da instituição e da majoração de contribuições, não seria possível a manutenção dessa política desonerativa tal como vem se desenvolvendo.

Outrossim, não se pode ignorar que o fato de os recursos dos fundos constitucionais se originarem a partir de transferências da União não lhes retira a condição de recursos próprios do ente receptor, o que só reforça a ideia de que as renúncias fiscais federais não podem impactar na redução do montante repassado aos entes subnacionais, a título de participação na arrecadação.

Com efeito, a Constituição, ao se referir às participações de um ente no produto da arrecadação de outro, determina que “art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal [...]”, e ainda que “art. 159. A União entregará [...]”. A utilização dos vocábulos “*pertencem*” e “*entregará*” não foi à toa, denotando a opção do constituinte de atribuir ao produto da arrecadação partilhado entre os entes da Federação uma dupla titularidade: uma parte pertence ao ente competente para a instituição do tributo e outra pertence ao ente que possui o direito à participação.

Nesse sentido, o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso, em parecer acerca do sentido e alcance do art. 160, parágrafo único, da Constituição Federal, ressalta que as participações no produto da arrecadação adquirem o status de direito público subjetivo da entidade política beneficiada, no sentido de exigir a parcela que lhe compete na arrecadação de determinado tributo (BARROSO, Luís Roberto. Parecer nº 01/2009. Sentido e alcance do parágrafo único do art. 160 da Constituição: parâmetros para a retenção de receitas estaduais pela União Federal. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 64, 2010.p. 09).

RE 705423 / SE

Daí resulta a conclusão de que o fato de o exercício da competência tributária em relação a determinado tributo pertencer a uma unidade federada não lhe permite dispor livremente da sua arrecadação, quando parte de seu produto é partilhada com outros entes, porquanto a parcela partilhada constitui receita própria do ente receptor. Além do que restou decidido pelo STF no RE 572.762, a Corte já teve a oportunidade de se manifestar sobre a titularidade dessas receitas em outras ocasiões posteriores, *verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO ESTADO DE SANTA CATARINA E PELO MUNICÍPIO DE CORREIA PINTO RECEBIDOS COMO RECURSOS DE AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA - FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS – PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS (CF, ART. 158, IV) – PRODEC (PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA CATARINENSE) – LEI CATARINENSE Nº 11.345/2000 – CONCESSÃO, PELO ESTADO, DE INCENTIVOS FISCAIS E CREDITÍCIOS, COM RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DO ICMS – PRETENSÃO DO MUNICÍPIO AO REPASSE INTEGRAL DA PARCELA DE 25%, SEM AS RETENÇÕES PERTINENTES AOS FINANCIAMENTOS DO PRODEC – CONTROVÉRSIA EM TORNO DA DEFINIÇÃO DA LOCUÇÃO CONSTITUCIONAL “PRODUTO DA ARRECADAÇÃO” (CF, ART. 158, IV) – PRETENDIDA DISTINÇÃO, QUE FAZ O ESTADO DE SANTA CATARINA, PARA EFEITO DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ICMS, ENTRE ARRECADAÇÃO (CONCEITO CONTÁBIL) E PRODUTO DA ARRECADAÇÃO (CONCEITO FINANCEIRO) – **PARCELA DE RECEITA TRIBUTÁRIA (25%) QUE PERTENCE, POR DIREITO PRÓPRIO, AO MUNICÍPIO** – CONSEQÜENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA RETENÇÃO DETERMINADA POR LEGISLAÇÃO ESTADUAL

RE 705423 / SE

(RE 572.762/SC, PLENO) – DIREITO DO MUNICÍPIO AO REPASSE INTEGRAL – RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE CORREIA PINTO – PRETENDIDA INAPLICABILIDADE, AO CASO, DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS JUDICIÁRIOS (CF, ART. 100, “CAPUT”) – MATÉRIA QUE, POR SER ESTRANHA À PRESENTE CAUSA, NÃO FOI EXAMINADA NA DECISÃO OBJETO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA – DESCABIMENTO - RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS” (Segunda Turma, AI 665.186-ED, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/02/11 – Grifos aditados).

“FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS - PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS (CF, ART. 158, IV) - PRODEC (PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA CATARINENSE) - LEI CATARINENSE Nº 11.345/2000 - CONCESSÃO, PELO ESTADO, DE INCENTIVOS FISCAIS E CREDITÍCIOS, COM RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DO ICMS - PRETENSÃO DO MUNICÍPIO AO REPASSE INTEGRAL DA PARCELA DE 25%, SEM AS RETENÇÕES PERTINENTES AOS FINANCIAMENTOS DO PRODEC - CONTROVÉRSIA EM TORNO DA DEFINIÇÃO DA LOCUÇÃO CONSTITUCIONAL "PRODUTO DA ARRECADAÇÃO" (CF, ART. 158, IV) - PRETENDIDA DISTINÇÃO, QUE FAZ O ESTADO DE SANTA CATARINA, PARA EFEITO DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ICMS, ENTRE ARRECADAÇÃO (CONCEITO CONTÁBIL) E PRODUTO DA ARRECADAÇÃO (CONCEITO FINANCEIRO) - **PARCELA DE RECEITA TRIBUTÁRIA (25%) QUE PERTENCE, POR DIREITO PRÓPRIO, AO MUNICÍPIO** - CONSEQÜENTE INCONSTITUCIONALIDADE DA RETENÇÃO DETERMINADA POR LEGISLAÇÃO ESTADUAL (RE 572.762/SC, PLENO) - DIREITO DO MUNICÍPIO AO

RE 705423 / SE

REPASSE INTEGRAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO”
(Segunda Turma, RE 495.576-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ
de 19/12/08 – Grifos aditados).

Inclusive, vale destacar que tramitam no Congresso algumas Propostas de Emenda à Constituição que preveem compensações para perdas orçamentárias decorrentes de políticas desonerativas praticadas por outro ente. Algumas se limitam apenas ao IR e ao IPI (PECs nº 09 e 12 de 2009); outras são mais amplas e se referem também às desonerações praticadas pelos Estados, como a PEC nº 31/11; e há proposições mais brandas, que preveem regras de transição e regulamentação das compensações mediante lei complementar (PEC nº 02/12).

Ressalte-se, ainda, que no projeto de lei que deu origem à LC nº 143/13 - que fixa os critérios de rateio do FPE e do FPM -, foi inserido artigo específico para fins de determinar o cômputo do valor referente às desonerações concedidas pelo Governo Federal na base de cálculo do FPE e do FPM, a fim de neutralizar seus impactos negativos para as finanças dos entes subnacionais⁷. Este artigo, contudo, foi vetado pela Presidência da República, ao argumento de que tal procedimento seria inconstitucional e contrariaria o interesse público em relação à liberdade no exercício de políticas econômicas⁸, o que levou alguns doutrinadores, como Sacha Calmon Navarro Coelho, a lamentarem a preciosa chance desperdiçada pelo Congresso Nacional de afastar o veto presidencial, reproduzindo a feliz expressão de Regis Fernandes de Oliveira, *verbis*:

7 Redação do artigo 5º: “Art. 5º. Eventuais desonerações concedidas pelo Governo Federal incidirão apenas na cota de arrecadação destinada à União, não sendo consideradas para efeito de repasse do FPE e do FPM.”

8 Mensagem de veto: “O dispositivo viola os artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal, que destinam o produto da arrecadação dos impostos da União sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Assim, a desconsideração de eventuais desonerações do cálculo deste produto é inconstitucional. Além disso, a proposta contraria o interesse público, uma vez que limita o escopo de política econômica característico das desonerações, especialmente no que tange ao caráter extrafiscal do imposto sobre produtos industrializados”.

RE 705423 / SE

“Toda e qualquer política da União Federal no sentido de diminuir ou suprimir a arrecadação desses dois impostos atingem os fundos que são destinados a Estados, Distrito Federal e Municípios. A assertiva do art. 5º da Lei Complementar era justamente findar com o excessivo beneplácito que a União Federal faz com o “chapéu alheio”. Chance preciosa desperdiçada pelo Congresso Nacional que não afastou o veto presidencial.” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 352)

De fato, a única exceção à obrigatoriedade de repasse e que mesmo assim deve ser interpretada com temperamentos é o parágrafo único do art. 160 da Constituição, que permite o condicionamento pela União da entrega dos recursos a serem repassados ao pagamento de seus créditos e de suas autarquias, hipótese que não corresponde ao presente caso.

Como bem colocado pelo Tribunal de Contas da União no processo TC 020.911/2013-0, um caminho possível para o deslinde da controvérsia, que respeitaria tanto a liberdade no exercício das competências tributárias próprias pela União, quanto a autonomia financeira Municípios, seria a necessidade de compensação da política desonerativa federal com medidas neutralizadoras de seus efeitos em relação à repartição de receitas.

Nesse sentido, a consideração do montante correspondente às desonerações na base de cálculo do FPM cumpriria perfeitamente esse papel, funcionando como instrumento de neutralização dos impactos negativos das isenções concedidas pelo Governo Federal nas finanças municipais, em respeito ao Princípio Federativo. Essa função garantidora do equilíbrio do Pacto Federativo, sob a ótica da defesa da autonomia dos entes subnacionais, além de constituir uma atividade típica da Corte no exercício da jurisdição constitucional, tem representado a sua posição nos últimos anos. Nesse ponto:

RE 705423 / SE

“[...] pode-se inferir que a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos envolvendo o sistema de repartição de receitas entre os entes, é centrada na defesa da autonomia fiscal, como pressuposto da autonomia política dos entes federativos; bem como o respeito ao Federalismo Cooperativo, ‘entendido como o entrelaçamento de competências e atribuições entre todos os níveis governamentais, conjugado a uma partilha de recursos financeiros.’

Ademais, considerando-se que o recente posicionamento do Tribunal de Contas da União se coaduna com a Jurisprudência da Corte Suprema, é provável - e até mesmo esperado - que o STF adote posição semelhante à adotada pela Corte de Contas no Acórdão TC 020.911/2013-0.

Como se viu, o Tribunal de Contas da União entendeu pela necessidade de realização de estudos técnicos quanto ao impacto da política desonerativa federal no sistema de transferências fiscais aos entes menores; bem como pela importância da adoção de mecanismos compensatórios suficientes para neutralizar o impacto negativo da renúncia das receitas tributárias pela União.

Caso se alinhe a esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal atuará em defesa da autonomia financeira dos Estados e Municípios, já tão enfraquecida no sistema atual que favorece a concentração de receitas nas mãos da União; bem como zelará pela isonomia dos entes federativos e pela manutenção do federalismo-fiscal, em respeito ao modelo institucional instituído pela Constituição Federal de 1988.” (GOMES, Marcus Lívio; CARVALHO, Raphaele Costa. “A política desonerativa da União e o impacto no orçamento dos entes subnacionais” In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Y. Mota (Coords.). Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2016.)

Destaque-se, ademais, que a importância do papel do Poder Judiciário na manutenção do Pacto Federativo não é exclusividade brasileira. Desde os *“Federalist Papers”* (“Artigos Federalistas”), elaborados por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, responsáveis pelo arcabouço político-jurídico da Constituição Americana

RE 705423 / SE

de 1787 - que marca o surgimento do Estado Federal -, é possível identificar a função essencial do Judiciário, como guardião da Constituição, na formação do federalismo americano. Nesse ponto, a essencialidade da preservação do texto constitucional - e, por consequência, da distribuição do poder entre os entes federativos - surge como uma das razões para a criação do próprio Poder Judiciário, como árbitro de eventuais conflitos entre as unidades integrantes da Federação.

Na mesma linha, Gustavo da Gama Vital de Oliveira, ao tratar do papel do Judiciário especificamente na análise da constitucionalidade de emendas constitucionais em face do Princípio Federativo, destaca que “o STF possui singular oportunidade de exercer a jurisdição constitucional para obrigar que a questão federativa seja mantida na agenda política das instâncias democráticas e que soluções sejam construídas a partir de parâmetros que respeitem as decisões fundamentais da ordem constitucional inaugurada em 1988”. Sob essa ótica, o exercício da jurisdição constitucional teria como efeito forçar o Congresso a levar em consideração, quando da elaboração das leis, aspectos de interpretação constitucional ligados ao federalismo fiscal. (OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. “O Supremo Tribunal Federal e a cláusula pétrea da forma federativa de estado em matéria financeira e tributária”. Temas de federalismo fiscal brasileiro. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.32-33).

Ademais, fosse possível a solução da presente demanda em foro diverso que não o judicial, não teria sido vetada pelo chefe do Executivo a mencionada proposta de consideração dos valores correspondentes às desonerações da União no cálculo do montante a ser repassado ao FPM, incluída por emenda parlamentar no projeto de lei que deu origem às LC nº 143/13. Esse seria o cenário ideal em um federalismo de equilíbrio, no qual a União efetivamente exerce o seu papel de coordenação dos entes subnacionais e no qual estes últimos possuem verdadeira influência na formulação das políticas de interesse do país. Não é esse, contudo, o

RE 705423 / SE

cenário sob o qual se depara esta Corte, pois, como demonstrado, a concentração de recursos financeiros pelo Governo Federal nos últimos anos tem representado uma forma de submissão dos Municípios às políticas ditadas pela União.

Quando muito, restaria ao Senado, como representante dos Estados, zelar pelos seus interesses no Congresso, porém estes, já enfraquecidos pela perda de receitas extrafiscais, operada a partir de meados dos anos 1990 como parte do pacote de medidas de estabilização da economia, pouco conseguem em termos de influência sob a agenda do Executivo Federal no Congresso.

Com isso, não há dúvidas de que cabe a este Tribunal, no exercício da jurisdição constitucional, a mediação do presente conflito federativo, atuando em prol da garantia da autonomia dos entes federados, elemento essencial de uma República Federativa.

Ex positis, a despeito da posição manifestada pelo Relator e pelos demais Ministros que me antecederam, peço vênias para divergir e voto pelo provimento do recurso extraordinário do Município de Itabi, para fins de restabelecer a sentença proferida pelo Juízo de 1º grau.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, cumprimento o brilhantíssimo voto trazido pelo Ministro **Edson Fachin** - do ponto de vista teórico, argumentativo, da fundamentação, não há peias a se colocar a esse voto dentro de toda a teoria constitucional. Cumprimento, da mesma forma, os advogados que se manifestaram nesta tarde, de belas sustentações orais, mais uma vez, além dos votos já proferidos.

O desconforto inicial que manifestou o Ministro **Barroso**, e que a ele agora vai além – ao divergir - o voto do Ministro **Luiz Fux**, é algo sobre o qual, realmente, nós devemos refletir. Subscreveria o voto do Ministro **Luiz Edson Fachin**, mas nós temos, por outro lado, o abuso. Se nós verificarmos a situação fiscal do País hoje, com uma previsão de déficit orçamentário para este ano da ordem de 170 bilhões de arrecadação para o orçamento, e olharmos que, nos últimos cinco anos, houve uma desoneração de 580 bilhões, a conclusão a que nós podemos chegar é de que houve um abuso nesse poder de estabelecer essas isenções. E quais foram essas contrapartidas? Parece que as contrapartidas, passados os cinco anos, é um caos fiscal no País. Essa é a realidade.

Tudo o que está colocado no voto do Ministro **Edson Fachin**, eu volto a dizer, subscreveria embaixo, essa é uma questão do Parlamento, da soberania do Parlamento, mas nós temos aqui um limite.

A Ministra **Rosa** me lembrava aqui a famosa frase: o poder de tributar é o poder de destruir também. Esse poder de dar isenção parece que é um poder que foi destrutivo para toda a Federação brasileira: para os municípios, para os estados e para União.

Então, eu penso, que numa linha teórica, o voto do Ministro **Edson Fachin** está perfeito. Mas eu penso que alguns votos divergentes, mesmo que fiquem vencidos, Ministro **Luiz Fux**, devem ser colocados aqui, sim. E, nessa linha, eu vou pedir vênias e acompanhar a divergência. Houve

RE 705423 / SE

um abuso. Qual foi a contrapartida à sociedade? Isso gerou empregos? Manteve empregos?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Toffoli, há um estado de alta expressão no cenário nacional que, em razão de isenções, hoje, está passando um momento dramático.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa questão é muito séria. Acho-a muito grave.

Acompanhei uma entrevista do governador Pezão nesses últimos dias e ele - o aspecto agora tocado pelo ministro Barroso - perguntado pela jornalista Miriam Leitão sobre as opções do Rio de Janeiro: por que eles aumentaram em 30% a força de trabalho. E ele disse: "Porque nós tínhamos dinheiro". Portanto, a opção foi por engajar mais servidores públicos.

Então, há aqui erros significativos de estratégia política, portanto, optou-se, por razões que não vêm ao caso, por aumentar o quadro de servidores públicos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas os cientistas políticos também apontam as isenções.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, esse é um dado que precisamos de reparar.

A questão do incentivo, temos lidado com esse tema aqui - e infelizmente não conseguimos por cabo a isto -, a questão da guerra fiscal. Em princípio, o que se busca? É uma equiparação, tendo em vista as concessões que se fazem, a tentativa de atrair investimentos. Alguns são bem-sucedidos, outros menos. Temos aqui, no próprio Planalto Central, o Estado de Goiás que fez uma política bem-sucedida de incentivo fiscal e

RE 705423 / SE

tornou-se um Estado relativamente industrializado; outros não foram bem-sucedidos.

Infelizmente, não se conseguiu equacionar de forma racional esse tema da concessão de incentivos, uma vez que a própria lei complementar exige a unanimidade, que nunca se consegue no CONFAZ. Infelizmente, não se conseguiu, e a realidade se impôs. Portanto, os estados acabaram fazendo essa guerra fratricida, concedendo, e claro, muitos incentivos foram concedidos.

Mas, a mim, me parece que também a política de incentivos da União nos dois casos - isso mostrado no belíssimo voto do ministro Fachin -, ela necessariamente - e isso foi observado agora pelo ministro Teori - não leva - é claro que haverá abuso, e esses abusos estão sendo apontados - a um esvaziamento completo do sistema, porque a ideia, de alguma forma - por exemplo, no que diz respeito a esses incentivos no âmbito do Imposto sobre a Renda -, é fazer desenvolvimento regional muitas vezes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Cumprindo o artigo 3º da Constituição, que é da União mesmo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, o que se quer é animar determinados setores da economia ou desenvolvimento regional da atividade.

O IPI, por definição, e, aí, talvez, entremos num debate de filosofia constitucional, extremamente difícil, especialmente em relação ao IPI, mas também ao Imposto sobre a Renda; quer dizer, foi correta a opção de colocar o IR, mas sobretudo o IPI, que tem essa natureza extrafiscal ressaltada, como um dos elementos alimentadores desses dois fundos, do

RE 705423 / SE

FPE e do FPM, considerado que, de fato, o Governo, muitas vezes, vai-se ver obrigado a alterar as alíquotas, tendo em vista situações dramáticas.

Independentemente de qualquer juízo, veja que, nessas fases anteriores aí dos governos que se encerraram, tivemos, por exemplo, aquela política em relação à linha branca, todos hão de se lembrar; quer dizer, podemos discutir a correção ou não, mas vamos ser engenheiros de obra feita. O que era legítimo é que se tentava animar a economia, mantendo a atividade do ambiente industrial, portanto, mantendo emprego e mantendo, de alguma forma, circulação de recursos e de riquezas. Agora, podemos dizer: "bom, mas isto não deu certo!" Foi a tentativa que se fez e se fez via IPI, claro que com repercussão na distribuição desses recursos aos estados.

A mim, me impressiona - e o argumento de Vossa Excelência ministro Fux, impressiona-me sobretudo - é no que diz respeito a um quadro de segurança jurídica, porque, claro, e discutimos aqui, eu fui o relator, já citado no voto do ministro Fachin, naquela ADO e nas ADIN em que discutimos a justeza da distribuição do FPE.

E sabemos que alguns estados dependem até 60% de sua receita líquida corrente - talvez até um pouco mais - do FPM. Então, imaginem, com esses solavancos que passam a ocorrer em função de políticas, as vezes, um tanto quanto ocasionais, isso realmente deve ser altamente destrutivo, porque, se um estado recebia uma quantia de milhões - no caso do Amapá me impressiona sobretudo, porque, salvo engano, 60 ou 70 % quase de sua receita líquida corrente advém do FPE. Imagine que agora isso sofra, como acho que sofreu, um decurso de 30%. Como se reorganizar? Isso, estamos falando para pagar as despesas básicas de saúde, de educação, de polícia, de segurança. Parece que aí entramos num debate *de jure constituendo*, porque, de fato, parece que a escolha do IPI, sobretudo do IPI, porque, por exemplo, no Imposto sobre a Renda, até poderíamos fazer algum tipo de arranjo hermenêutico; sugerir, por

RE 705423 / SE

exemplo, que a isenção concedida só repercutisse no ano seguinte com a aplicação do princípio da anualidade. Mas o que fazer com o IPI, que exatamente tem essa característica da imediatidade? Isso acontece também com os impostos de importação, exportação, que podem ter repercussão. Em suma, esse é o dilema.

Por outro lado, a União concentra recursos, mas também concentra responsabilidades. É imensa a responsabilidade quando se considera, por exemplo, a Seguridade Social, todo o sistema de previdência, tanto é que levou a essa enorme alavancagem das contribuições de seguridade. Foi a via que se encontrou para tentar sair daquele modelo da divisão.

Então, acho que é importante o debate e também a divergência, sobretudo para tentar animar alguma solução, mas, aí, diria *de jure constituendo*, tanto é que, se olharmos, houve três emendas constitucionais aumentando a participação - 1%, mais 1%, mais 1% - dos estados e municípios no sistema de repartição. Vejam que não é tão fácil; temos três emendas em relação a isso.

Ter-se-ia de dar alguma estabilidade, mas, de fato, talvez a opção, naquele momento constituinte, tenha sido em relação ao volume de recursos arrecadados, o potencial de arrecadação tanto do IR quanto do IPI, mas depois isso se produziu e deu essa distorção, também apontada pelo ministro Barroso, que é animar a União a aumentar as alíquotas, que, inicialmente, eram modestas, das contribuições e ser refratária ou morigerada no aumento da carga tributária dos impostos - IR e IPI -, porque esses estão no contexto da partilha.

Então, acho que é importante a contribuição de Vossa Excelência, agora também do ministro Toffoli, no sentido da divergência, mas diria para uma reflexão que leve a talvez dar consistência a uma mudança. É inevitável que, nesse contexto em que nos encontramos, faça-se um rearranjo federativo.

RE 705423 / SE

Esses dias, o governador Dornelles falava que o Rio lidera essa situação, mas que outros estados estão vindo rapidamente ao mesmo quadro. Fala-se, inclusive, em catorze entidades federadas que estariam em situações mais ou menos gravosas. Então, é um quadro preocupante; estamos falando, portanto, de pelo menos metade da Federação.

Vejam a situação do Distrito Federal hoje, com o comprometimento de mais de 70% da receita com pessoal. Estamos vendo o quadro aqui de uma entidade que é superprivilegiada do ponto de vista de aporte de recursos federais, com todos os fundos e assunção pela União das responsabilidades em relação à Segurança Pública, parte da saúde, em suma.

Estamos vivendo uma situação muito, muito complexa e me parece que este caso é importantíssimo até mesmo para sinalizar a necessidade, talvez subsidiar a necessidade de uma revisão. Mas temo que uma decisão nossa que bloqueasse, quer dizer, que tornasse inconstitucional as ações, acabasse por resultar em algo mais negativo, não é?

Então, a mim me parece que é realmente digno de encômios o voto trazido pelo ministro Fachin que, claro, não deixou de vislumbrar todos os problemas - e ressaltou isso *ab initio* - da questão - talvez uma das mais complexas questões federativas com que nos defrontamos nos últimos tempos.

Agradeço o aparte.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI :

Só uma coisa, Ministro **Gilmar**.

A subscrição ao voto do Ministro **Fachin** não colide com uma análise de que, apesar de constitucional a possibilidade de a União legislar e o Parlamento poder legislar, que o Judiciário não possa syndicar os abusos e

RE 705423 / SE

os exageros cometidos. Eu acho que é isso que o voto divergente...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, baseado no direito, consagrado constitucionalmente, dos Municípios.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente, e no pacto federativo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas, então, é substituir, é afastar certa política fiscal da União e colocar sob suspeita, inclusive, todos os incentivos até aqui implementados. E reescrever - para mim, reescrever - a Constituição, porque os artigos 158 e 159 contêm várias referências - cerca de nove - ao valor arrecadado.

Muito pior do que isso é dar-se a impostos a nomenclatura de contribuição, para fugir, justamente, ao Fundo de Participação.

Não podemos - repito, sob pena de virmos a reescrever a Carta Federal - substituir a expressão "do valor arrecadado" ou "da importância arrecadada" por importância que poderia ser arrecadada. Há, mais, o princípio do determinismo: recolher o quê, se não houve arrecadação?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Na verdade, o Supremo Tribunal Federal não reescreveu a Constituição ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não participei do precedente do Plenário. Realmente, há um precedente no *leading case* que envolveu o Estado de Santa Catarina em sentido diverso, da lavra do ministro Ricardo Lewandowski. Mas eu, justificadamente, não estava presente, muito embora seja assíduo às Sessões.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, apenas uma observação, porque eu acho que o problema é sério, e a nós falta capacidade institucional para resolver esse arranjo econômico-constitucional.

O Supremo não reescreveu a Constituição, e há aqui inúmeros precedentes - só que com base em outro tributo - em que se chegou à conclusão de que o arrecadado pode ser exatamente aquilo que deveria ter sido arrecadado. Tanto que há a Súmula que não admite que se reduza absolutamente nada, nem despesas no repasse. Isso foi discutido aqui.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas

RE 705423 / SE

o Ministro-Relator fez questão de trazer essa Súmula e explicar qual a diferença para Sua Excelência sobre o assunto. Vamos fazer justiça ao eminente Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência, então, assenta o seguinte: a União, para implementar qualquer incentivo fiscal, deve consultar os 27 Estados e os 5.561 Municípios, para ver se concordam.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, então, isso parece teratológico. Exatamente.

Eu não quero fazer prevalecer ponto de vista nenhum, mas, na verdade, aqui há uma recomendação, por incrível que pareça, do Tribunal de Contas da União, exatamente no sentido de que efetivamente deveria haver, em respeito ao pacto federativo, um consenso da União com os Estados e Municípios no momento de se imaginar essas desonerações. Está aqui no acórdão - eu vou juntar o meu voto. Um acórdão enorme do Tribunal de Contas da União, onde diz assim: *Adote medidas para a instituição de mecanismos permanentes que minimizem ou neutralizem os impactos das desonerações dos fundos, etc. e tal, com vistas a resguardar os princípios fundamentais do pacto federativo e da redução das desigualdades regionais.*

Isso aqui não é teratológico. Isso é do Tribunal de Contas da União.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois é, para se manter um emprego em determinados setores do País, em determinadas regiões do País... Nós sabemos bem onde os automóveis são feitos, onde a linha branca é feita, em detrimento de uma repartição entre todos os municípios brasileiros, que vão atender a saúde, a educação....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, Ministro, não é dado presumir o excepcional: que os incentivos implementados pela União não visaram ao desenvolvimento pátrio.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas esses últimos 5 anos mostram que foi um desastre.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas o Ministro Toffoli tem

RE 705423 / SE

mais experiência para dizer isso, porque foi Advogado da União, como também o Ministro Gilmar Mendes. Eu estou partindo de uma hipótese abstrata. Eu estou partindo do fato de que as desonerações devem ser suportadas por quem desonera. Eu não estou dizendo que houve fraude, eu estou dizendo que é um direito fundamental do Município receber aquilo. E as desonerações devem ser suportadas por quem desonera.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Passa a haver condomínio do inexistente: não arrecada e deve distribuir.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas esse arrecadado não é Aqui, por exemplo, o faturamento tem um conceito constitucional próprio, a arrecadação tem um conceito da economia constitucional próprio. Não é arrecadar. Hoje, nós estamos vivendo, exatamente, momentos difíceis de Estados e Municípios em razão, exatamente, dessa postura neutra de, *data maxima venia*, um federalismo totalitário; pelo menos em termos econômicos, eu não tenho dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, um breve comentário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em última análise, Presidente, não é dado concordar com a distribuição tributária existente em termos de competência, e, então, busca-se, de alguma forma, corrigir esse defeito. O defeito é da República!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É exatamente esse o ponto que eu queria falar. Quer dizer, aqui, tal como a reforma política, a gente só pode apontar problemas, mas a gente não tem condição de fazê-la.

Esse ponto que o Ministro Gilmar apontou, quer dizer, o IPI é um tributo para conduzir uma política extrafiscal industrial, e, portanto, a política industrial da União afeta a arrecadação dos Municípios, que, muitas vezes, não tem nenhuma conexão com a política industrial. Portanto, há um problema estrutural, mas esse a gente não tem como resolver aqui. Quer dizer, eu e os outros Colegas temos muitas ideias e propostas, tanto para a reforma política quanto para a reforma tributária, mas há o máximo que a gente pode fazer.

RE 705423 / SE

De modo que eu aponte, como me pareceu próprio, alguns vícios, mas, do ponto de vista de interpretação constitucional, a interpretação que consta do primoroso voto do Ministro Fachin é a correta. Eu acho que tudo que foi dito aqui pelo Ministro Fux, pelo Ministro Toffoli, pelo Ministro Gilmar está correto do ponto de vista da percepção do quadro. Só que, infelizmente, nem tudo está ao alcance da nossa competência.

Portanto, acho que nós participamos do debate do modo como podemos participar, mas interpretamos a Constituição do modo como ela é.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, Ministro Marco Aurélio, isso serve apenas para dizer a Vossa Excelência que eu discuto aquilo que vale a pena. Eu só discuto aquilo que vale a pena.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que não vale a pena neste Plenário? Tudo vale a pena.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, eu penso que essa questão relacionada ao nosso modelo federativo é uma questão que nos preocupa a todos; já, em algumas outras oportunidades, chegamos a discutir isso.

Agora, parece difícil, eu fiz questão de salientar isso no meu voto, fazer esse paralelismo direto entre uma política de incentivo fiscal e uma consequente e proporcional redução na participação. Nós temos incentivos fiscais que produzem os resultados esperados; e nós temos incentivos fiscais que são abusivos e não dão certo. Quer dizer, na melhor das hipóteses, nós devíamos dizer que os Municípios têm direito à participação relativamente a incentivos que não dão certo, mas que teriam de descontar, da sua participação, os incentivos que dão certo. Quer dizer, isso é um problema difícil na prática: como é que se vai dar concretude a isso, como é que se vai aferir isso em termos de número? É impossível.

Por isso que, com esse esclarecimento, eu também mantenho o meu voto.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE**VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu estaria inclinado a acompanhar o voto do eminente Ministro Luiz Fux e do Ministro Dias Toffoli. Entendo que Suas Excelências estão carregadas de razão, porque o nosso federalismo, sobretudo do ponto de vista fiscal, está completamente descaracterizado. Nós não vivemos um federalismo. Nós temos no Brasil atual um Estado unitário descentralizado. E é um Estado descentralizado até em menor escala do que aqueles Estados unitários tradicionais europeus, como a Itália e a Espanha. O que houve historicamente é que o federalismo transitou de um federalismo dual, em que havia duas esferas estanques de rendas e competências, para um federalismo que alguns chamam de cooperação e outros de integração. Quando se fala em federalismo de cooperação ou integração pressupõe-se, a meu ver, assim como colocaram o Ministro Luiz Fux e o Ministro Dias Toffoli, que haja um diálogo quando se concede isenções, quando se concede privilégios fiscais de qualquer natureza.

O que acontece hoje em nosso federalismo - que, aliás, de federalismo não tem nada, insisto em dizer - é que há uma imposição unilateral por parte da União, que tem a "parte do leão", em termos arrecadatórios, e que impõe uma redução drástica de receitas aos Estados e aos Municípios. E é interessante verificar que até os Municípios, após a Constituição de 1988, tornaram-se entes federativos, membros da federação brasileira, conforme o artigo 1º da nossa Carta Magna. O Professor José Afonso da Silva não tem dúvida nenhuma com relação a esse fato, pelo menos do ponto de vista formal; do ponto de vista substantivo, do ponto de vista material, eu tenho sérias dúvidas a respeito disso. O que ocorre? Ocorre que, com a Constituição-cidadã, a Constituição vigente, o Município ficou praticamente com todos os encargos que dizem respeito ao cidadão comum: educação, saúde,

RE 705423 / SE

segurança pública, os serviços públicos essenciais, como transporte, lixo, água, esgoto, mas não tem as rendas correspondente. E o Professor Dalmo de Abreu Dallari, no estudo clássico sobre federalismo, diz: conferir competências sem atribuir as respectivas rendas é uma falácia absoluta. É isso é que nós estamos vivendo essa situação.

O Município está depauperado, está falido por atitudes reiteradamente unilaterais da União e dos Estados, que nós, aqui ou acolá, combatemos, mas, neste caso específico, embora veiculando esse meu inconformismo, fazendo coro aos votos do Ministro Fux e do Ministro Toffoli, eu verifico que nós temos limitações objetivas na nossa Constituição, e algumas limitações já foram levantadas, quer pelo Relator, quer agora pelo Ministro Marco Aurélio, exatamente o artigo 159 da Carta Magna. Ou seja, esse artigo diz que a repartição das receitas decorrentes do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados refere-se ao resultado efetivamente arrecadado. Então, não há como distribuir aquilo que não foi arrecadado; essa é uma limitação objetiva relativamente à qual não há qualquer possibilidade de superação.

E depois nós sabemos também que a União e também os Estados têm a competência constitucional de renunciar as suas rendas tributárias para promover o equilíbrio sócio-econômico das diversas regiões do País ou do próprio Estado. Isso é um direito que tem a União, de um lado, e os entes federados, de outro possuem, sobretudo os Estados-membros da Federação, no sentido de promover um desenvolvimento regional minimamente equilibrado. Então, são esses os limites constitucionais que nós estamos enfrentando.

Agora, há, sem dúvida nenhuma, a necessidade de promovermos urgentemente uma reforma fiscal, para que nós realmente nos transformemos numa federação, para que nós respeitemos aquilo que se previu em 1891, ou, então, é melhor suprimirmos, da Carta Magna, a menção que o Brasil é uma federação. O Brasil é um Estado unitário, pelo menos do ponto de vista fiscal.

Eu também fiquei muito impressionado com a observação do Ministro Barroso e concordo com ele no sentido de que é preciso atuar

RE 705423 / SE

com relação à dimensão do Estado. Mas penso, com o devido respeito, Ministro Barroso, sobretudo num País subdesenvolvido como o nosso, um País que tem bolsões de miséria, que há setores em que não se pode mexer: o setor da saúde, o setor da educação, o dos serviços básicos.

Eu estou com uma estatística interessantíssima, um dado que nos foi trazido, em um último estudo do FMI, de que os gastos com os juros do Setor Público atingiram, até o presente momento, 540 bilhões de reais, equivalendo a 9,1 % do PIB.

Então, eu penso que, antes de mexermos nesses setores básicos, como a educação e saúde, nós temos que mexer nessa absurda taxa de juros que está vigorando no Brasil, 13,25%. Isso é que está onerando o Estado brasileiro, é essa a hemorragia, a sangria que estamos sofrendo.

Então, com essas brevíssimas considerações, que evidentemente poderíamos aprofundar, porque todos nós somos sensíveis a esse problema, peço vênua, cumprimentando os belíssimos votos, dos Ministros Luis Fux e Dias Toffoli, para os quais meu coração se inclina a acompanhá-los, mas, pela objetividade e raciocínio, *data venia*, escorreito do ponto de vista lógico e constitucional que o Relator nos traz, acompanho Sua Excelência, com essas observações.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, só um breve comentário.

Eu também não acho que deva reduzir gastos com a educação e saúde. Eu mesmo sou Relator da PEC nº 241, que cuida do limite de gastos. Quanto vai para a saúde e educação, é uma disputa da elaboração de Lei orçamentária, portanto, uma disputa política.

Agora, Ministro Lewandowski, os juros altíssimos que pagamos decorrem precisamente do déficit gerado por se gastar mais do que se arrecada, tomando-se empréstimo e, depois, novo empréstimo. Portanto, é preciso acabar com a sangria, porque os juros, a maior conta que temos, decorrem precisamente do gasto excessivo.

De modo que aqui não tem alternativa, nem saída juridicamente fácil e nem moralmente barata. É o preço que nós temos de pagar por termos vivido algum tempo acima do que podíamos. Agora, tem-se que colocar os trens de volta nos trilhos.

Porém, concordo com Vossa Excelência que, num país como o Brasil, ao se fazerem as opções de corte, elas não devem recair nem sobre a educação e nem sobre a saúde. Quanto a isso, pensamos de maneira rigorosamente igual.

SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu quero apenas dizer que não fiz nenhuma crítica a Vossa Excelência. Compartilhamos, como sempre, no macro, e eventualmente no micro. O que nós temos são diversos pontos de vista e alguma divergência, sempre pontual e mínima.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, tal como já disse, estamos a lidar com um dos temas mais complexos e que vem sendo estudado por estudiosos de grande importância e relevo que já foram citados aqui, entre eles José Maurício Conti. Lembro-me também do professor Sérgio Prado, da Unicamp, que tem contribuído para esse debate, inclusive, sobre os desequilíbrios do modelo federativo, falando da necessidade de um chamado equilíbrio vertical e de um equilíbrio horizontal. O professor ainda aponta que o Brasil é a única federação em que IVA, esse ICMS, é atribuído aos governos intermediários, gerando esse fenômeno a que assistimos – da guerra fiscal. O grande problema que se verifica no modelo que adotamos - isso precisa de ser anotado – tem a ver com a opção que fizemos pela autonomia, no que diz respeito à imposição tributária. O modelo alemão, por exemplo, obriga a uma distribuição efetiva, embora a incidência, a imposição tributária seja praticamente toda da União. O segredo está na boa e equilibrada distribuição. E aqui há uma disputa.

A outra questão que se coloca e que merece ser referida nesse contexto *de jure constituendo* é que temos que anotar que infelizmente o debate federativo tem-se empobrecido muito, talvez por uma ausência do próprio Senado Federal. A questão é realmente sensível, porque – o Ministro Celso me chamava a atenção para uma regra que foi colocada –, na verdade, é uma norma implícita do sistema que foi explicitada numa emenda constitucional que diz o seguinte – artigo 52, inciso XV, competências privativas do Senado:

“XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”.

RE 705423 / SE

Portanto, aqui, nem estamos mais a falar de norma futura. Estamos falando de norma já positivada. Não se conhece uma instituição, no âmbito do Senado Federal, que exerça essa competência, exigida pelo texto constitucional, que pudesse apontar essas distorções. Então, veja que temos um notório *gap* institucional decorrente dessa deficiência de representação.

Essa questão, de que se falou tanto, da cortesia com o chapéu alheio, temos de reconhecer que a metáfora é um tanto quanto imprópria, porque o chapéu não é exatamente alheio. Trata-se, aqui, de uma competência compartilhada, terá de ser dividida entre a União e os estados, ou entre a União e os municípios, como sabemos, no caso do Imposto de Renda e do IPI.

Além do que, é verdade que há, aqui ou acolá, não apenas na hipótese de concessão de benefícios fiscais, uma distorção. Veja, se a arrecadação tributária aumenta – porque a Receita Federal torna-se mais eficiente, ou porque o cenário econômico mostra-se circunstancialmente mais favorável – ganham os estados, ganham os municípios. E ganha a União, claro. Se, por outro lado, a economia não vai bem, ou a Administração perde eficiência na arrecadação, tem-se o contrário, perdem a União, os estados e os municípios.

Há partilha de resultados em todas as hipóteses, não apenas quando a legislação federal faz uso de incentivos fiscais. Veja-se, por exemplo, o caso de uma redução genérica do padrão tributário por meio da redução indiscriminada das alíquotas ou da base de cálculo do Imposto de Renda. Como poder-se-iam preservar as receitas municipais? Em suma, temos aqui realmente um debate complexo.

Do ponto de vista dos entes que recebem as transferências, estados, Distrito Federal e municípios, percebe-se que, em casos extremos, a política fiscal da União pode, na prática, implicar verdadeira asfixia de suas finanças. Não por outra razão, já tinha observado, é que tivemos, nos últimos anos, três emendas constitucionais para tratar da matéria. Refiro-me às emendas constitucionais 17/97, 55/2007 e, por último, a 84/2014, que

RE 705423 / SE

alteraram, em 1%, cada, o percentual da destinação do Imposto de Renda e do IPI, cuja redação do inciso I do artigo 159 foi emendada sucessiva e respectivamente.

Esse, no entanto, não é o único ponto de vista a considerar. A bem da verdade, não é apenas a autonomia dos Estados e Municípios que está em debate no caso em tela e, grosso modo, nas lides em que se discute a repercussão de desonerações tributárias nos valores transferidos pela União por imposição constitucional. Digo isso porque a concessão de benefícios fiscais, assim como a implementação de outras alterações legislativas no campo tributário podem consistir de elemento necessário da adoção de uma política fiscal nacional a repercutir em diferentes níveis da Federação.

Aqui, o que está em questão já não são apenas as receitas arrecadadas, mas a própria competência tributária da União, daí aquela impropriedade que apontei na eleição do IPI como este elemento que subsidia esses Fundos, tendo em vista a sua natureza específica, a sua marca de extrafiscalidade.

Assentar, como fez este Plenário, que a União não pode, ao conduzir a sua política fiscal, afetar a expectativa de transferência dos demais entes seria, de certa forma, tolher-lhe a competência.

Por outro lado, é também importante não perder de vista que a dependência de alguns Municípios brasileiros em relação às transferências intergovernamentais obrigatórias, tais como as do FPM, tendem, por outro lado, a induzir práticas fiscais não desejadas e ineficiências na alocação dos recursos públicos. É preciso ter cuidado em relação a essa questão.

O Ministro Pertence sempre chamava a atenção para esse equilíbrio e desequilíbrio nas relações federativas. Dizia, por exemplo, que a defesa, às vezes muito radical, de um princípio federativo certamente permitiria que, em alguns casos, tivéssemos, por exemplo, a consagração, em alguns Estados – e tivemos isso na prática –, da proibição de concurso público, ou de uma prática escancarada de nepotismo. Não é por acaso que tantas vezes chegam aqui essas Leis – muito raras no âmbito da União, quase

RE 705423 / SE

inexistentes, mas comuns no âmbito dos Estados – que fazem as adequações, as adaptações, as não nomeações por concurso público e os aproveitamentos. Então, o Ministro Pertence chamava a atenção para essa função, vamos chamar assim – para usar uma expressão muito cara ao Ministro Barroso –, iluminista, uma função racionalizadora.

Veja o que diz um estudo da Consultoria Legislativa do Senado, assinado, entre outros, pelo conhecido e digno economista Marcos Mendes:

"O FPM também não se sai bem nos quesitos gestão eficiente e responsabilidade fiscal. Ao privilegiar excessivamente os municípios de pequena população, o FPM induziu comportamento estratégico por parte de muitos municípios, que se subdividiram em vários municípios para elevar suas receitas *per capita*. O Brasil passou de 3.941 municípios, em 1982, para 5.561, em 2007 – um crescimento de 41%. O fato de que 48% dos municípios brasileiros têm menos de 10 mil habitantes, conforme mostrado na Tabela II.4, parece não ser determinado apenas por questões geográficas e sócio-econômicas, exógenas aos critérios de distribuição das transferências intergovernamentais. O que ocorreu foi um amplo movimento de divisão municipal para gerar municípios com menos de 10 mil habitantes, enquadráveis na cota mínima do FPM " – essa observação é interessante, quer dizer, pequenos Municípios que foram se estruturando para ficar nessa cota mínima, que é uma cota relativamente generosa – "e, portanto, elegíveis para o recebimento de altas transferências *per capita*. Como se verá adiante, esse movimento foi incentivado, também, pelos critérios de partilha do ICMS, que, por motivos distintos, também induzem a secessão municipal." – hoje um pouco travada com a Emenda 15.

Segundo Marcos Mendes, em 2000, aproximadamente, metade dos Municípios brasileiros tinha menos de dez mil habitantes, evidenciando a falta de escala para que serviços públicos mais complexos ficassem a cargo dos governos municipais.

RE 705423 / SE

Portanto, é só para dizer que vivemos um problema extremamente complexo, e não se trata apenas de dizer que aqui há um autocentrismo por parte da União. Na verdade, nós temos, infelizmente, que reconhecer um quadro de grande ineficiência do sistema como um todo, também no âmbito dos Municípios, com as exceções que devem ser reconhecidas e, claro, também no âmbito de grande parte dos Estados.

De modo que a mim me parece que o debate que hoje travamos aqui é extremamente relevante para que possamos fazer algumas correções que estão ao alcance do legislador. E sabemos que isso é muito difícil.

Vimos o debate sobre a Lei complementar, a alteração da distribuição do FPE, vimos que o Congresso, depois de três anos, praticamente não conseguiu alterar aqueles índices, cuja modificação recomendamos. Praticamente mimetizou-se aquilo que lá estava, em função da realidade e dos embates locais, claro. Como mudar índices nesse quadro de cobertor curto? Então, obviamente que as bancadas não se animaram a fazer as mudanças reclamadas e até indicadas nas nossas discussões aqui.

Por isso que, a mim, parece-me que também há esse ponto, agora ressaltado pelo Ministro Celso e para o qual chamei atenção, do papel do Congresso como um todo, mas especialmente do Senado, nesse contexto, no controle desse processo.

Veja que mesmo os órgãos que foram concebidos para controlar a guerra fiscal acabaram num impasse: o CONFAZ e a unanimidade. Inclusive, Vossa Excelência, Ministro Toffoli, é Relator de uma ADPF que trata da questão da unanimidade no CONFAZ – um tema realmente delicado. Mas é curioso que não se consiga, praticamente em nenhuma questão, Ministro Fachin, produzir-se um consenso para dizer: "vamos chegar a um modelo de benefício fiscal de alguma concorrência legítima entre os órgãos da Federação que seja adequado, que seja possível"; levando, portanto, a essa briga selvagem da guerra fiscal nessa escala magna.

De modo que, considerando todos os deveres que não podem ser cessados, no que diz respeito a educação, a saúde, a segurança, a

RE 705423 / SE

pagamento da dívida, a atividade suplementar que a União exerce em todos esses campos, a mim, parece-me que uma intervenção nossa que, de forma apodítica, bloqueasse a concessão de benefícios, ou obrigasse a União a repor um modelo ideal do potencial a ser arrecadado, geraria ainda mais confusão nesse quadro já de desordem que estamos a experimentar. Via *jure constituendo*, tenho que reconhecer claramente a impropriedade de algumas dessas iniciativas, especialmente em relação ao IPI. Mas o que fazer se o IPI, por natureza, é esse tributo com uma carga específica de extrafiscalidade?

Claro, além de um pensamento de possibilidade, aqui vamos reconhecer que os governantes, especialmente em um tributo como esse, são muitas vezes tangidos pelo princípio da necessidade. O que fazer diante de uma situação em que você tem um massivo desemprego e tenta animar a economia via redução desse imposto direto, como ocorreu na linha branca? Claro, há repercussão eventualmente danosa no processo de transferência de receita.

Então, a mim parece-me que a solução adequada neste caso é manter a decisão e, portanto, desprover o recurso, na linha do belíssimo voto trazido pelo Ministro Fachin, sem embargo de registrar realmente esse desassossego. De fato, temos uma situação de desconforto, de impropriedade, que reclama outra solução: um repensamento da estrutura federativa. Embora, na nossa tradição federativa – que poderia até dispensar –, a autonomia federativa esteja pensada também no que diz respeito à capacidade de impor tributos.

O Professor Konrad Hesse escreveu um artigo em que falava de um federalismo centralizado, inspirado no modelo da Lei Fundamental de Bonn, em que ele admitia claramente a possibilidade de que esse modelo pudesse ser funcional. E é um modelo que, do ponto de vista tributário, não se destaca pela autonomia das entidades no que diz respeito à imposição tributária, mas busca-se uma distribuição mais equânime e justa.

Com essas considerações, e também partilhando desses desconfortos já aqui mencionados e registrando as divergências dignas trazidas pelo

RE 705423 / SE

Ministro Fux e pelo Ministro Toffoli, acompanhado integralmente o voto do Ministro Fachin.

17/11/2016**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, como adiantei, estamos revisitando a matéria. Não há a menor dúvida, porque o caso anteriormente apreciado, em 2008, versou o mesmo tema: incentivo fiscal. Só que, em vez de implementado pela União, foi pelo Estado, e envolveu a cota dos Municípios de Santa Catarina.

Na oportunidade desse julgamento, do recurso extraordinário nº 572.762-9, não estava presente. Mas, desde aquela época, por acompanhar os pronunciamentos do Supremo, compreendi que cumpria realmente rever a óptica que acabou prevalecendo. Cabe rever a óptica, porque não se pode – repito, uma vez que ela submete a todos indistintamente e, principalmente, ao Supremo, como guarda que é da Carta –, reescrever a Constituição Federal, a partir de deficiência da Federação, do sistema fiscal quanto às competências dos entes federal, estaduais e municipais.

Não posso dar outra interpretação, senão a segundo a qual deve haver o recolhimento das cotas destinadas aos Estados e Municípios, a partir do que realmente arrecadado pela União, sob pena de haver dupla diminuição de tributo: a diminuição decorrente do incentivo fiscal e, depois, a do recolhimento total que sobeja ao Fundo de Participação dos Estados e Municípios e não apenas do que arrecadado. Os artigos 157, 158 e 159 da Lei Maior são claríssimos ao remeter, em oito oportunidades, ao que efetivamente – para estabelecer-se o valor a ser recolhido ao Fundo – foi arrecadado. É a expressão que está, em bom português, na regência constitucional do recolhimento relativamente ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza e ao Imposto sobre Produtos Industrializados.

A não se concluir dessa forma, de duas, uma: ou a União deixará de implementar incentivos – que, presumo, sempre estão voltados ao desenvolvimento nacional –, ou terá de pedir licença, para fazê-lo, sem prejuízo posterior, aos Estados e Municípios.

Pronunciando-me pela vez primeira, no Plenário, sobre a matéria, faço-o apontando que não se pode, nessa distribuição, do que arrecadado,

RE 705423 / SE

levar em conta o que poderia ter sido arrecadado, não houvesse os incentivos.

Por isso, reconhecendo que o voto do Relator fez-se muito bem fundamentado – o do ministro Luiz Edson Fachin –, acompanho Sua Excelência, desprovendo o recurso.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Peço vênia** para acompanhar o voto do eminente Ministro EDSON FACHIN, **inclusive** no que concerne à formulação da tese jurídica **pertinente** ao Tema 653, **reconhecendo ser legítima, sob perspectiva constitucional, a concessão regular**, pela União Federal, **em relação** ao Fundo de Participação dos Municípios (e respectivas quotas a estes devidas), de incentivos, benefícios e isenções fiscais **referentes** ao imposto de renda e ao IPI.

É o meu voto.

17/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também com as vênias dos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, acompanho o seu voto, lembrando, Ministro Celso, que, anteontem, nós comemoramos 127 anos da Proclamação da República Federativa, e que, no artigo 2º daquele Decreto nº 1, tinha-se que as Províncias ficavam transformadas em Estados-soberanos, o que levou alguns Estados da Federação a criarem uma Secretaria de Relações Internacionais, o que levou Rui Barbosa a dizer: ontem, de Federação não tínhamos nada, hoje não há Federação que nos baste.

Parece que isso foi só um momento, porque a partir daí nós tivemos um aumento das competências federativas da União. E Victor Nunes Leal, na Constituinte de 46, chegou a dizer que o que se tinha que discutir não era a autonomia dos Estados e Municípios, mas a falta de autonomia de que padeciam, desde o início, do federalismo brasileiro, essas entidades estaduais e locais. O quadro parece que não mudou muito até hoje, porque não adianta atribuir competências e não atribuir os recursos necessários.

O Ministro Marco Aurélio lembrava no seu voto a questão dos impostos travestidos de contribuições, ou sob a fachada de contribuições. E, aí, posso me lembrar, porque Vossa Excelência e ele mesmo estavam aqui quando, como Procuradora do Estado, perdi fragorosamente ação, porque, tentando mostrar que aquela contribuição era um imposto, não tive o acatamento deste Plenário. Portanto, não é tão fácil assim vencer essas causas, mesmo aqui.

Também acho que a questão é seriíssima, porque essa fragilização, de um lado, das entidades estaduais e federais, tem, por outro lado, a questão da própria União e das competências que cresceram mais - basta a gente pegar a primeira Constituição, a de 1891, e a de hoje. Cresceram as dos Estados e Municípios, cresceram também as da União. E nós temos

RE 705423 / SE

um Título I da Constituição que estabelece, no artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

E, muitas vezes, como lembrou o Ministro Ricardo Lewandowski, para superar as desigualdades regionais, quem tem essa noção é a União, não são os Estados. E essa disputa é - não afirmo uma guerra fiscal, menciono uma conciliação fiscal que leve a um federalismo fortalecido, verdadeiro e sustentável, porque o federalismo brasileiro - que Vossa Excelência lembrou, Ministro Celso -, que o Paulo Bonavides já chamou de "federalismo de opereta," quando o nosso Ministro chamava de um "federalismo de integração", e o Professor Raul Machado Horta, um dos que mais estudou, talvez, a questão federativa, chamou de "federação meramente nominal", um pouco, repete-se por conta desta disputa permanente que se dá entre os entes federados e que não se dá apenas no plano de União e Estados, mas de Estados e Municípios.

E é fato que nós temos distorções graves. O crescimento dos Municípios; distritos que se transformaram em municípios, no caso de Minas Gerais, na década de 50, do século passado, de trezentos e poucos, nós passamos para seiscentos e tantos e, hoje, temos oitocentos e cinquenta e três Municípios. E nós sabemos que isso tudo conduz a situações de anomalia. Estamos já chegando a isso no próprio Poder Judiciário.

E pedi, nessa terceira reunião que tive com os Presidentes de Tribunais de Justiça, que revisem as organizações judiciárias dos respectivos Estados, porque há comarcas a quinze quilômetros uma da outra e, depois, não há juiz nas duas ou em uma delas. Em compensação, isso tudo onerando os Estados e nada resolvendo para o cidadão. Quer dizer, é preciso que todo mundo comece a pensar no Brasil, num Brasil que tem diferenças regionais e sociais gravíssimas, de responsabilidade de todas as entidades e de todos os poderes. E por isso é que fica difícil.

E o Ministro Fachin, devo dizer, fez um voto primoroso, realmente, ao partir desde o que é a questão dos Municípios até o que é a questão federativa, aí, focando desde as competências até as atribuições de cada qual e as penúrias.

RE 705423 / SE

E, para usar uma expressão corriqueira e bem conhecida de qualquer cidadão: em casa que falta pão, todo mundo briga, e ninguém tem razão. Na verdade, nós estamos num momento em que parece que todo mundo fica precisando mais de cada grão que faz falta verdadeiramente; e não são às entidades, são aos cidadãos brasileiros, o que dificulta muito a solução.

Entretanto, o limite de um julgamento é a Constituição. Lembro-me de uma passagem do Eduardo Couture que dizia que o juiz é como um preso dentro de uma cela, ele tem liberdade no espaço da cela, ele circula lá dentro. E a nossa cela é a Constituição. Portanto, fora daqui, nada posso.

Como disse o Ministro Dias Toffoli, é preciso que o voto vencido cumpra o papel de alerta ou de sinal amarelo para que leve os outros a pensarem, mas não vejo como, nos termos constitucionais e, segundo mesmo, o que está posto taxativamente na norma constitucional, não vejo como deixar de acompanhar o voto do Ministro Edson Fachin, enaltecendo, mais uma vez, que a discussão é uma orientação, pelo menos, ou um sinal de alerta ou de sinalização da nossa preocupação, porque, sendo guardião da Constituição, este Supremo Tribunal Federal é o guardião da própria Federação brasileira.

Essa a razão pela qual, mais uma vez, pedindo vênias aos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, acompanho o voto do Ministro Edson Fachin.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DE ITABI

ADV.(A/S) : JONAS GOMES DE MOURA NETO (24148/PE) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

INTDO.(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - CNM

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (33940/RS)
E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ABRASF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITALIS

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA (81438/RJ) E OUTRO(A/
S)

AM. CURIAE. : ESTADO DA PARAIBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 653 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. O Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral na próxima assentada. Falaram, pela União, o Dr. Cláudio Xavier Seefelder Filho, Procurador-Geral Adjunto da Procuradoria da Fazenda Nacional, e, pelo *amicus curiae* ABRASF - Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais, o Dr. Ricardo Almeida. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 17.11.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

23/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

PROPOSTA

(de fixação de tese em repercussão geral)

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, neste RE 705.423, ao final do voto, propus a seguinte tese ao tema 653:

"É constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o Fundo de Participação dos Municípios e respectivas cotas devidas às municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao IPI por parte da União."

Portanto, em face da discussão, estou assentando que é constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas cotas devidas às municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao IPI por parte da União. É o texto que consta ao final do voto que distribuí a Vossas Excelências.

23/11/2016

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423 SERGIPE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, creio que a proposta do Relator continua sendo a do voto. Continua, não é?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) -
Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No voto, tem-se:

"É constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas cotas devidas às municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao imposto de renda e ao IPI por parte da União".

Entendo, Presidente, não haver redução da arrecadação. O que não se verifica é, justamente, a arrecadação. Por isso, penso – e estou pensando em voz alta – em texto que afaste esse, pelo menos, aparente conflito de, a um só tempo, não se ter a arrecadação e cogitar-se da redução da arrecadação. Proporia o seguinte teor – não cheguei a digitar para distribuir aos Colegas, está em manuscrito ao término do voto do próprio Relator: "É constitucional a consideração, para efeito de cotas devidas aos Estados e Municípios, do que realmente arrecadado, excluídos os valores decorrentes da concessão regular..." – ficando o final proposto pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Senhora Presidente, a observação do Ministro Marco Aurélio tem toda a pertinência, como sói acontecer. Nada obstante, estou levando em conta o que assentei na ementa em relação ao conceito da expressão "produto da arrecadação".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Foi um dos focos do voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) -
Exatamente. Aqui está, no item 2: a expressão "produto da arrecadação",

RE 705423 / SE

prevista no inciso I, art. 158 da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir, na base de cálculo do FPM, os benefícios em sentidos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico de arrecadação e dos estágios da receita pública.

Nada obstante, eu compreendo que a expressão pode gerar essa eventual contradição que o eminente Ministro Marco Aurélio aponta. Portanto, estou seguramente aberto a avançar, mas a expressão "redução", aqui, não está a implicar necessariamente que se esteja diante de uma arrecadação material de tributo, porque redução, a rigor, não há, porque a arrecadação não houve; logo, redução em sentido material não ocorreu.

Essa é a razão, ou seja, a expressão como aqui consta "redução do produto da arrecadação", na verdade, não é uma redução material ou quantitativa. É isso que o Ministro acaba de dizer. Estamos de acordo em relação à dimensão teleológica desta tese. É, a rigor, uma consideração que leva em conta ser regular a concessão que a União faz de incentivo, benefícios e isenções relativas a esses impostos e não os arrecada. Portanto, a rigor, em sentido material, redução não há.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência não se opõe?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Não me oponho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A que fique a expressão, mais limpa, digamos, no sentido de excluir a "redução", proposta pelo Ministro Marco Aurélio? É isso, Ministro Fachin?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Eu estou de acordo, embora precisamos ver qual é a expressão que se colocaria, ou uma eventual outra redação que compreenda esse sentido. Também eu estaria de acordo, porque o núcleo essencial da tese que restou vencedora no Plenário é precisamente esse: a União não arrecada, logo não há irregularidade em relação a essas concessões e, portanto, não integram a base de cálculo desse fundo.

RE 705423 / SE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É que me parece que para o Ministro Marco Aurélio, na expressão proposta já está compreendida.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Busquei justamente aproveitar, porque penso que é procedente a proposta do Relator. Apenas tive dúvida quanto à referência: "redução do produto da arrecadação".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque não houve redução, não há redução.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não há, quando se tem incentivos, produto da arrecadação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Se o Ministro me permite, faria, quiçá, um ajuste na minha própria redação, para ver se vai ao encontro. Eu proporia retirar o vocábulo redução.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – “Redução do produto da arrecadação”.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Isso. E fazer uma afirmação dessa natureza: É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativas a Imposto de Renda e IPI por parte da União em relação à arrecadação que lastreia o Fundo de Participação do Municípios e respectivas cotas devidas às municipalidades. Eu retiraria a palavra "redução".

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adiro, Presidente. Estou de pleno acordo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Está certo? Indago dos Senhores Ministro se há alguma objeção, portanto, ou alguma divergência quanto à proposta do Ministro.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por favor, tem a palavra o Ministro Teori Zavascki.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu tinha imaginado uma redação que fosse assim: É constitucional adotar como base de cálculo do FPM o valor do efetivo produto da arrecadação, independentemente do valor correspondente à concessão. Acho que tinha

RE 705423 / SE

que ter essas duas ideias: dizer que é o efetivo produto da arrecadação e dizer que é legítima a não consideração.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exatamente. Um dos núcleos da nossa decisão foi exatamente essa, e me parece que o Ministro Marco Aurélio tangenciou muito bem essa questão. Nós dissemos, em essência, com fundamento no art. 150 da Constituição, que não seria ilegal descontar do Fundo de Participação do Municípios aquelas verbas que não foram efetivamente arrecadadas pela União. Ou seja, se a União não arrecadou, então, em razão da exoneração, não há nenhuma ilegalidade em reduzir a participação dos municípios no Fundo. É isso que nós decidimos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas isso Ministro me parece que, tentando também esclarecer, nós decidimos que a União pode conceder os benefícios na forma regular, como está na primeira parte da proposta de tese.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Isso. Perfeitamente. É um direito da União.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Segundo, isto significa que ele repassa o que ele arrecadou. Não tendo arrecadação, não tem redução. São essas duas ideias. E essas duas ideias me parecem presentes na tese apresentada pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Em síntese, o que se distribui, ou seja, a cota é calculada a partir do que realmente é arrecadado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Da arrecadação. E, portanto, não há que se falar mesmo em redução. E acho que a proposta afirmativa do Ministro-Relator compõe exatamente o objeto do que foi decidido. Essas duas ideias: é constitucional a conduta da União; segundo, daí decorre a providência de distribuir o que arrecadou.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR) - Por isso, Presidente, no sentido de harmonizar a proposta inicial do Ministro Marco Aurélio com essa preocupação que o Ministro Ricardo

RE 705423 / SE

Lewandowski acaba de expressar, que é mesmo coerente com o debate e a decisão, e que, no meu modo de ver, vai ao encontro da preocupação do Ministro Teori, é que eu afirmei e volto a ler para ver se a redação final comporta ou contempla o que decidimos, precisamente para retirar, da redação original que fiz, a expressão "redução do produto de arrecadação" para evitar eventual ambiguidade.

Então, a redação final que proponho seria esta: É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao imposto de renda e ao IPI, por parte da União, em relação ao Fundo de Participação dos Municípios e respectivas cotas devidas às municipalidades.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministro Teori põe-se de acordo? Alguma divergência? Portanto, fica fixada esta tese no Recurso Extraordinário 705.423, ao qual se negou provimento, por maioria, com a proclamação dessa tese.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 705.423

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : MUNICÍPIO DE ITABI

ADV.(A/S) : JONAS GOMES DE MOURA NETO (24148/PE) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

INTDO.(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - CNM

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (33940/RS)
E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ABRASF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE
FINANÇAS DAS CAPITALS

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA (81438/RJ) E OUTRO(A/
S)

AM. CURIAE. : ESTADO DA PARAIBA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 653 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli. O Tribunal deliberou fixar a tese da repercussão geral na próxima assentada. Falaram, pela União, o Dr. Cláudio Xavier Seefelder Filho, Procurador-Geral Adjunto da Procuradoria da Fazenda Nacional, e, pelo *amicus curiae* ABRASF - Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais, o Dr. Ricardo Almeida. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 17.11.2016.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: "É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades". Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.11.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário