

A QUESTÃO DO “INCENTIVO COM O CHAPÉU  
ALHEIO” ENTRE UNIÃO E ESTADOS – RE  
705.423/SE, TEMA 653/RG-STF

*Estevão Horvath<sup>1</sup>*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito Tributário e Direito Financeiro – 3. Unidade do fenômeno financeiro – 4. Princípio federativo e da autonomia municipal – 5. Federalismo fiscal – 6. O RE 705.423/SE – 7. Contraste com o RE-572.762 – 8. O que significa “produto da arrecadação” para os fins do art. 159, b e d? – 9. Tese vencedora – 10. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema sobre o qual nos propusemos debruçar tem como pano de fundo aspectos do chamado “federalismo fiscal”. Mais exatamente, aqui, a análise do alcance do direito subjetivo que os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios têm de receber os valores que a eles corresponde quando a Constituição da República determina que a União lhes repasse parcela da sua arrecadação.

A questão surge quando a União, de alguma forma, concede algum tipo de exoneração tributária e, conseqüentemente,

---

1. Professor Associado do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da USP e professor de Direito Tributário da PUC/SP. Consultor jurídico

os respectivos outros entes federados se veem privados do montante de recursos que lhes corresponderia caso estas desonerações não tivessem existido.

Por esta razão se diz que, nessas situações, houve “cortesia com o chapéu alheio”.

Não se deve perder de vista, como ressalta Alessandro Cristo, que

A iniciativa de brigar contra a redução do repasse do fundo já proliferou no Nordeste, desde que o tributarista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Fernando Scaff começou a defender a ideia em congressos e cursos ministrados a procuradores fazendários. Dezenas de prefeituras já entraram com ações pedindo o ressarcimento de valores não recolhidos por causa de incentivos fiscais. O fundamento foi a decisão em que o STF colocou o princípio federativo acima da liberdade dos entes arrecadantes.<sup>2</sup>

O que se vai aqui examinar mais diretamente é o discutido no RE 705.423/SE, que provocou, em sede de repercussão geral, o Tema 653/RG-STF.

No mencionado 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. O Município paraibano de Itabi sustenta que a base do cálculo da quota-parte do Fundo de Participação dos Municípios a que faz jus 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 União*.

Examinando exhaustivamente o assunto colocado sob análise, a Colenda Corte Suprema decidiu por fixar o seguinte entendimento:

É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre

---

2. Revista Consultor Jurídico, 2 de outubro de 2009.

Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.

## 2. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO FINANCEIRO

Em questões do tipo daquela aqui tratada surge sempre, em algum momento, a preocupação, por parte dos autores em geral, de advertir que o Direito Tributário vai até o momento da arrecadação do tributo; após isso, o assunto é objeto de cuidado pelo Direito Financeiro ou pelo Direito Administrativo. Nada que opor a esta ideia, até mesmo porque com ela anuímos. Contudo, sendo propósito de um ou outro desses dois últimos “ramos” do Direito ora mencionados, trata-se, ainda assim, de *Direito*.

O Direito Tributário é uma parcela do Direito Financeiro (naquilo que às receitas se refere), enquanto este, por sua vez, é um apêndice do Direito Administrativo.<sup>3</sup>

Efetivamente, o Direito é um só: é uno e incindível. Separaram-se as diversas matérias jurídicas para melhor estudar as suas particularidades. Como lembra Bobbio, “não poderíamos falar de um ordenamento jurídico se não o consideramos como algo unitário”.<sup>4</sup> A subdivisão do Direito em “ramos”, assim como a Medicina em várias matérias, é meramente convencional.

Diz-se que, a existir, a *autonomia* de um “ramo” do Direito seria meramente didática, para fins de estudo.

Mesmo sob este aspecto, Eurico De Santi e Vanessa Canado, respondendo a questão por eles mesmos formulada, consistente em saber se existe autonomia entre o Direito Tributário e o Direito Financeiro, afirmam:

3. Sobre a questão da unidade do Direito, veja-se o nosso trabalho “O Direito Tributário no contexto da atividade financeira do Estado”, tese apresentada para concurso de professor titular da Universidade de São Paulo, em 2009, especialmente p. 23 e ss.

4. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*. Tradução para o castelhano de Eduardo Rosso Acuña, Madrid: Editorial Debate, 1993, p. 173.

Não. A chamada ‘autonomia didática’ é autolimitação que não encontra justificativa no nível do objeto (direito positivo). O direito é uno e contínuo no processo de causalidade jurídica. Cindi-lo implica mutilar sua inerente complexidade, causando prejuízo na análise de novos fenômenos e novas perspectivas do Direito Tributário. (grifou-se)

### 3. UNIDADE DO FENÔMENO FINANCEIRO

Importa ressaltar, por outra parte, a *unidade* do “fenômeno financeiro”, muito embora ela se exteriorize de forma multifacetada. Utiliza-se aqui a expressão “fenômeno financeiro” como sinônima de “atividade financeira (do Estado)”, ou seja, aquela desempenhada visando à obtenção, gestão e gasto dos recursos públicos.

Reportando-se à unidade do fenômeno financeiro, Rodríguez Bereijo, equiparando-a à conexão entre as receitas e os gastos, entende ser essa unidade trazida por um critério teleológico: o do “fim das normas e o interesse juridicamente protegido”.<sup>5</sup>

Em suma, não é pelo fato que a matéria respeitante à repartição de receitas tributárias ser estranha ao Direito Tributário que ela deixa de ter importância. É ela relevantíssima para o Direito Constitucional, para o Direito Financeiro e mesmo em termos sociais e políticos. Afinal, é com os recursos arrecadados ou recebidos mediante repasse de outras pessoas políticas que os entes componentes da federação podem cumprir as múltiplas tarefas e obrigações que a Constituição da República e outras leis lhes impõem. Para que sejam, autônomos administrativa e politicamente, devem também sê-lo financeiramente. Daí a necessidade de obterem seus recursos, de forma direta ou indiretamente.

Para preservar a sua autonomia, os entes federados podem fazê-lo: *i*) diretamente: por meio da arrecadação dos seus próprios tributos, valendo-se das competências que a Constituição

---

5. RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. *Introducción al estudio del derecho financiero: un ensayo sobre los fundamentos teóricos del derecho financiero*. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda, 1976, p. 72

lhes proporcionou (arts. 145, I, II e III; 148; 149; 153; 154; 155; 156; 195) e *ii*) indiretamente, mediante transferências – obrigatórias – da arrecadação cabente a um ente da federação para outro (arts. 157 a 159), ou mediante os chamados “Fundos de Participação”.<sup>6</sup>

#### 4. PRINCÍPIO FEDERATIVO E DA AUTONOMIA MUNICIPAL

O tema aqui debatido não se restringe a uma esfera de governo específica; diz ele com as relações federativas, no Brasil, entre União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Deveras, seja no tocante aos recursos repassados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, mediante o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (art. 159, I, *a*) ou aos Municípios, pelo Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, I, *b*), a questão de fundo é a mesma.

Em nosso País andam juntos o princípio federativo e o da autonomia municipal, verdadeiros eixos que sustentam o Estado brasileiro. Não se olvide que, aqui, os Municípios têm tratamento diferenciado com relação às demais federações (arts. 1º, 19 a 30, entre outros, da C.R.); possuem um grau de autonomia com relação aos outros entes inexistente (salvo desconhecimento por parte deste autor) em outros cantos do mundo. Além do que, no Brasil, independentemente do que proclamam os puristas, os Municípios integram a Federação.<sup>7</sup>

---

6. Para José Maurício Conti, a 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 [...]. 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 [...]”. *In* *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 68-73. Perceba-se que a nossa classificação das participações em *direta* e *indireta* diverge formalmente daquela proposta pelo prof. Conti, mas em nada altera os efeitos mencionados.

7. C.R., Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel

Se em toda federação um dos requisitos para a sua existência é o autogoverno, neste está embutida a autonomia de cada um dos seus participantes e, para que esta exista, é preciso que haja, reforce-se, autonomia financeira.

## 5. FEDERALISMO FISCAL

Numa definição bastante singela, podemos conceituar o federalismo fiscal como sendo a forma pela qual as receitas são repartidas, numa federação, com o escopo de os entes federados poderem realizar as tarefas que lhes são constitucionais ou legalmente atribuídas.

Para José Maurício Conti, o federalismo fiscal seria a maneira pela qual as esferas de governo se relacionam do ponto de vista financeiro.<sup>8</sup> Segundo este autor, “engloba a análise da maneira pela qual está organizado o Estado, qual é o tipo de federação adotado, qual é o grau de autonomia dos seus membros, as incumbências que lhe são atribuídas e, fundamentalmente, a forma pela qual serão financiadas”.<sup>9</sup>

Na federação brasileira, a Constituição da República distribuiu as receitas por meio da outorga de competência tributária (aptidão para legislar, criando seus próprios tributos) a cada uma das pessoas políticas e mediante a distribuição de receitas tributárias (e não tributárias – art. 20, §1º., C.R.).

Ainda é José Maurício Conti que ensina ser

fundamental que o Estado se organize de forma a manter equidade entre seus membros, o que importa na adoção de uma série de medidas redistributivas. Estas podem ocorrer por meio da competência própria para arrecadação e de diversos sistemas de transferências. No entanto, a medida mais comum e eficiente é estabelecer um sistema de transferências intergovernamentais que promova a redistribuição das riquezas arrecadadas, de modo

---

dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”.

8. *Federalismo Fiscal e Fundos de Participação*, cit, p. 26-27.

9. *Idem*, p. 27.

## FEDERALISMO (S) EM JUÍZO

a fazer com que as unidades da federação que mais arrecadem repassem parte dos recursos às unidades menos favorecidas.<sup>10</sup>

Para Marcus Abraham, a repartição de receitas tributárias pode ocorrer de forma direta, indireta ou por retenção. Ele denomina de forma *direta* aquela na qual a transferência financeira do produto da arrecadação de tributos aos entes federados dá-se sem qualquer intermediação. Já a forma *indireta*, essa transferência é efetuada mediante um fundo de participação ou de investimento, “cujas receitas acabam sendo, posteriormente, repartidas entre os respectivos beneficiários”.<sup>11</sup> Derter-nos-emos aqui, que é até onde interessa a este estudo.

Neste tópico cabe perquirir acerca de se uma pessoa política arrecadar um tributo e dividi-lo com outras assegura da mesma maneira a autonomia dessas outras, o que, indubitavelmente ocorre quando estas últimas arrecadam os seus próprios tributos. Tal debate pode estar presente quando se cogita da implantação de um imposto único, a ser cobrado pela União e repassado a outros entes federados.<sup>12</sup>

Sobre este ponto, Andrei Pitten Velloso assevera:

O problema é que esse modelo de financiamento dos entes periféricos, assentado em repasses do produto da arrecadação de

---

10. Op. cit., p. 31. Prossegue o professor: “Sem que se utilize somente o critério da arrecadação, e sim todos aqueles que promovam a Justiça Fiscal, no sentido mais amplo do termo. Pode a redistribuição basear-se, por exemplo, no critério da necessidade, ou seja, receberiam recursos as unidades que deles mais necessitassem, ainda que pudessem por qualquer razão ter um a arrecadação não inferior àquela da qual esteja recebendo o recurso, ou, caso o recurso provenha do poder centra, venha a receber proporcionalmente mais do que outra unidade com menor arrecadação. É o que pode ocorrer em face de diferenças naturais. Uma região desértica, que pouco produzirá na agricultura, pode ter um a arrecadação razoável (produz petróleo, por exemplo), mas, mesmo assim, terá necessidade de um aporte maior de recursos para que se desenvolva satisfatoriamente e mantenha um padrão de vida adequado a seus habitantes”. (idem, *ibidem*).

11. ABRAHAM, Marcus. *Direito Financeiro Brasileiro*, 3<sup>a</sup>. Ed., Rio de Janeiro: GEN e Forense, 2015, p. 117.

12. Não se está aqui endossando tal proposta, até porque ela contém vícios de violação a princípios constitucionais, dentre eles, o da capacidade contributiva. Ela é aqui trazida meramente a título ilustrativo.

## FEDERALISMO (S) EM JUÍZO

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.<sup>13</sup>

A título de curiosidade, tenha-se presente que o Código Tributário Nacional, em seu art. 6º, reza:

Art. 6º A atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa plena, ressalvadas as limitações contidas na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e observado o disposto nesta Lei.

Parágrafo único. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público pertencerá à competência legislativa daquela a que tenham sido atribuídos.

Cuida-se de dispositivo totalmente despiciendo, a uma porque o que diz se deduz do sistema jurídico constitucional; a duas, competência é matéria de Constituição e não de legislação infraconstitucional. Como dizia o saudoso professor Geraldo Ataliba, trazendo ensinamentos de Fernando Sainz de Bujanda, trata-se, quando muito, de *precepto didático*, ou seja, poderia ser lição de doutrina e não constar de uma lei.

De todo modo, o dispositivo resume bem como se dá a repartição da receita tributária.

---

13. 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



## 6. O RE 705.423/SE

O Relator desse recurso, que é objeto de exame neste estudo, o Ministro Fachin, seu Relator, toca o problema em suas duas dimensões fundamentais, quando diz que *i)* “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” e *ii)* “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?”

É indubitável a importância para os Municípios os recursos repassados pela União, no caso, mediante o Fundo de Participação. São os Municípios, afinal, que estão mais próximos do cidadão e devem cumprir com obrigações que lhes foram atribuídas pelo texto constitucional, necessitando, para tanto de recursos, como já se disse aqui reiteradamente.

Ademais, como ressalta Nuria Badenes Plá:

Existe bastante consenso respecto a que la asignación eficiente de recursos se logra mejor en manos de gobiernos subcentrales, más cercanos al ciudadano y con mejor información disponible para la satisfacción de preferencias, y que además pueden dotar de provisión diversificada entre distintas jurisdicciones.<sup>14</sup>

Indagação preliminar deve procurar responder se o direito, *in casu*, de um Município receber receitas transferidas da União existe independentemente do exercício pleno ou parcial da competência tributária desta última. Noutra giro, costuma a doutrina referir que a competência tributária é facultativa (com exceção do ICMS que, embora seja estadual, tem características

14. BADENES PLÁ, Nuria, *Reflexiones sobre la experiencia en la financiación autonómica española: qué repetir y qué evitar*. Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal [en línea] 2009, 9 Consulta em 29 de setembro. Disponível em : <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337530218004>> ISSN 1666-4124

marcadamente federais). Seria facultativa na hipótese sob comentário? Quer-nos parecer que não, uma vez que parcela dos recursos deve ser dirigida, por imposição constitucional, aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 159, I, *a e b*).<sup>15</sup>

Ora, se uma das formas de repartição de receitas é a participação de uma pessoa política na arrecadação de outra, não pode aquela que detém o direito a esta participação ficar à espera da boa vontade (ou não) – diga-se, do exercício da competência tributária - da que tem o dever de repassar esse montante.

No entanto, ouçamos as palavras de Roque Carrazza a respeito:

Em rigor, o que a Constituição faz é estipular que, *na hipótese de ser criado o tributo*, pela pessoa política competente, o produto de sua arrecadação será total ou parcialmente destinado a outra pessoa política. Evidentemente, se não houver o nascimento da relação jurídica tributária (*prius*), não poderá surgir a relação jurídica financeira (*posterius*). Esta é logicamente posterior à relação jurídica tributária (cujo nascimento depende do exercício da competência tributária).<sup>16</sup>

Exemplificando com situação em que a União, por meio de Resoluções (CMN) isentando uma série de investimentos diminuíram indevidamente a arrecadação do tributo, em detrimento dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o ilustre professor conclui que estas pessoas, em razão disso, suportaram concretos prejuízos, consistentes na redução proporcional da parcela que a União tinha o dever constitucional de entregar-lhes.<sup>17</sup>

---

15. 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:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

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

16. Carrazza, Roque, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22<sup>a</sup>. Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 647.

17. Op. cit., p. 648.

Destarte emergiria o direito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal de “obterem, em sede judicial, o reconhecimento do seu direito de serem ressarcidos dos prejuízos que a União lhes causou em razão da redução indevida do volume de recursos carreados para os preditos Fundos de Participação”.<sup>18</sup> Ressalte-se que o autor baseou seu raciocínio mais fortemente no fato de o instrumento normativo utilizado no caso que analisou (Resoluções do Conselho Monetário Nacional) não ser constitucionalmente apto a promover aquelas reduções do imposto da União.

Parece-nos, sob este aspecto, que haveria mais exceções à *facultatividade* da competência tributária para além do ICMS, como no caso do Imposto sobre a Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados, já que parte do produto da arrecadação destes cabe a Estados e Municípios, como vimos. É dizer: o não exercício puro e simples da competência tributária da União não pode ocorrer, por ser inconstitucional essa omissão, tendo-se em conta que Estados e Municípios contam com parte dessa arrecadação para realizar os seus misteres.

Agora, outra coisa é a utilização *parcial* dessa competência, mediante a não contemplação de certos fatos que poderiam ser objeto de tributação, de incentivos ou benefícios fiscais, isenções e afins.

Com efeito, em determinadas situações estas desonerações *devem* existir, até para fazer valer o princípio da igualdade. Veja-se, a título ilustrativo, o que diz o art. 151, I, da Lei das Leis:

Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, *admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País; (...).*

18. Idem, p. 648-649.

Consoante se pode deduzir deste dispositivo, em sua primeira parte, traz ele a regra geral, decorrente da igualdade, segundo a qual os tributos da União devem ser uniformes em todo o território nacional, para, em complementação, ressaltar a concessão de incentivos fiscais, *destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País*, também em obediência ao princípio da igualdade, que impõe tratar-se desigualmente os desiguais, como é o caso das diferentes regiões brasileiras, em termos socioeconômicos.

Frise-se que no caso sob análise discutiu-se, em suma, a possibilidade de que fossem computados os valores desonerados pela União em relação ao IR e ao IPI, nos últimos anos, no cálculo do montante a ser repassado ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM), por força do disposto no art. 159, I, “b” e “d” da Constituição Federal.

Lembre-se que, para mais do interesse da União, o caso envolvia o interesse dos mais de cinco mil municípios integrantes da Federação, e também dos Estados e Distrito Federal, uma vez que as referidas desonerações provocam impacto nos valores componentes dos Fundos de Participação dos Municípios, bem como o dos Estados e Distrito Federal.

## **7. CONTRASTE COM O RE- 572.762**

Outro assunto tratado no Recurso Extraordinário aqui objeto de análise foi a comparação do caso presente com aquele objeto do RE-RG 572.762. No RE 705.423/SE, o Município recorrente baseou-se no entendimento do STF, expedido no RE- 572.762, julgado em 18/06/08, Relator o Min. Ricardo Lewandowski.

Neste último reconheceu-se a repercussão geral do tema constitucional em debate, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgado pela impossibilidade de os repasses das quotas constitucionalmente destinadas aos Municípios sofrerem deduções decorrentes de incentivos ou benefícios fiscais concedidos pelos Estados ou pela União. Eis a ementa deste julgado:

## FEDERALISMO (S) EM JUÍZO

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.

Nessa oportunidade, o Min. Lewandowski entendeu que a limitação “configura indevida interferência do estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias”. Aduz que o repasse da quota constitucionalmente devida aos municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. Daí decorre a célebre frase, do ilustre ministro Relator, que compõe o título deste artigo, quando disse que o Estado fazia “cortesia com chapéu alheio”.

Contraopondo-se à identidade de situações entre o que estava no cerne do RE acima referido ao que se cogitou no RE 705.423/SE, o Ministro Fachin, Relator deste último entendeu que,

A rigor, consistem em controvérsias substancialmente distintas, porquanto são díspares os contextos fático-normativos subjacentes aos litígios. No julgamento supracitado [RE-RG 572.762], 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.

Para o Min. Relator, as especificidades do precedente formado no RE-RG 572.762 não permitem sua aplicação para casos gerais de concessão de benefícios e isenções fiscais, com o que concordamos integralmente.

*Data vênia* do entendimento final da Colenda Corte Máxima, parece-nos que o assunto de fundo é o mesmo: pode um ente federativo, detentor de competência para instituir e cobrar determinado (s) tributo (s), devendo, por imposição constitucional, repassar parte do produto da arrecadação a outro (s) ente (s) da federação, praticar desonerações, que provocam, em última análise, diminuição do valor desses repasses ao (s) ente (s) destinatários?

É incontestável que cada caso tem de ser apreciado de acordo com as suas peculiaridades, mas o problema central remanesce.

#### **8. O QUE SIGNIFICA “PRODUTO DA ARRECADAÇÃO” PARA OS FINS DO ART. 159, b E d?**

Ponto que merece destaque também é a questão relativa ao significado da expressão “produto da arrecadação”, constante do art. 159, I, b e d, que foi abordada no RE 705.423/SE e sobre a qual o min. Fachin invoca a da LC 62/1989, em seu art. 1º, parágrafo único, que reza:

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 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.

## 9. TESE VENCEDORA

Nessa toada, o Ministro Edson Fachin votou pelo desprovimento do recurso do Município, opinando que quando a Constituição Federal se refere ao “produto da arrecadação”, no art. 159, I, *b* e *d*, está expressamente delimitando que apenas o resultado daquilo que for efetivamente arrecadado poderá compor o cálculo dos Fundos de Participação, excluindo-se do montante a ser repassado eventual expectativa de arrecadação.

Embora tenha sublinhado a importância que a participação no produto da arrecadação tem para a autonomia dos entes federados - como mecanismo inerente ao federalismo denominado “cooperativo”, entendeu que obrigar a União a considerar o valor das desonerações no montante a ser repassado aos Municípios representaria limitar indevidamente a sua competência constitucional para instituição de tributos.

Conclui o Ministro Relator:

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.

Essa tese sagrou-se vencedora, por maioria.

O Ministro Barroso, por sua vez, acompanhando o Relator, ressaltou que a competência é da União para arrecadá-los [o IR e o IPI]; a competência é da União para conceder isenções e que 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”. E prossegue: “de modo que, ainda quando possa eventualmente parecer injusta essa política de desonerações, eu penso que não há direito adquirido dos Municípios nessa linha”.

Como voto vencido, o Ministro Luiz Fux lembrou que não se nega ao Estado a competência para instituir isenções de tributos próprios, “mas é importante que essas desonerações não impactem ao montante repassado aos Municípios”. Entende que 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”.

Destacou o eminente Ministro, ainda, que a participação no produto da arrecadação constitui direito próprio do Município, que não pode ser subtraído pelo exercício da competência tributária da União em relação à concessão de incentivos fiscais. Assim, as desonerações devem ser suportadas por quem desonera, não podendo a União “fazer favor com o chapéu alheio”, razão pela qual votou pelo provimento do recurso extraordinário do Município de Itabi, sendo acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli.

Impende recordar que “a Federação é orientada pelos princípios de solidariedade e de subsidiariedade”.<sup>19</sup>

Por este prisma, deve-se ter em mente que a Constituição da República previu a existência de competências *comuns* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23) ao lado de competências *concorrentes* da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24). Neste último caso, a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (§ 1º.), que não exclui a competência suplementar dos Estados (§ 2º.).

Também aos Municípios cabe “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (art. 30, II).

Neste quadro, sumariamente exposto, verifica-se, grosso modo, o espelhamento da *solidariedade* e da *subsidiariedade* suprarreferidos.

---

19. *Federalismo fiscal* brasileiro, DOMINGUES, José Marcos. “Texto da comunicação do Autor no II Congresso Internacional de Direito Tributário da Cidade do Rio de Janeiro”. 9 a 11 de maio de 2007. Revista Nomos - Edição Comemorativa dos 30 anos do Mestrado em Direito / UFC, vol. 27, 2007, p. 138, versão em PDF.



José Marcos Domingues é enfático ao proclamar que “do ponto de vista financeiro, a partilha da receita tributária (expressão de autonomia) e a redistribuição de recursos intra-federativos (manifestação de solidariedade) traduzem essa propensão federalista de atendimento plural às necessidades cidadãs.<sup>20</sup>

Prossegue, ainda, este autor:

Ora, numa Federação, naturalmente composta de Estados heterogêneos, não será bastante a mera atribuição de competência tributária aos entes federados, mas por princípio de solidariedade, especialmente num país de fortes contrastes, como o Brasil, impõe-se a redistribuição da riqueza nacional, não apenas no plano individual pela tributação progressiva, mercê da aplicação do princípio da capacidade contributiva, mas também no plano sociopolítico, através das transferências financeiras, ou repartição das receitas tributárias, de que tratam os arts. 157 a 162 da Constituição.<sup>21</sup>

Cabe aqui, também referir ao voto do saudoso Ministro Teori Zavascki, que pondera, num argumento que ele próprio chama de “argumento de ordem pragmática”, segundo o qual parece 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.*

Não temos dúvidas em endossar as palavras do eminente Ministro. Ainda que se trate de cogitações extrajurídicas, elas constituem importante material para reflexão acerca da nossa federação e suas implicações.

---

20. Idem, p. 139.

21. Idem, p. 140.

No mesmo sentido o Ministro Barroso manifesta o mesmo tipo de preocupação, enquanto, ao mesmo tempo, faz um resumo da questão do ponto de vista estritamente jurídico, que reflete exatamente o nosso pensamento. Veja-se suas palavras:

[...] 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.* (grifou-se)

## 10 ONCLUSÕES

À guisa de conclusão cremos poder afirmar que decidiu bem a nossa Corte Suprema, no Recurso Extraordinário em epígrafe, ao interpretar sistematicamente a Constituição, cotejando o direito dos Municípios a receber parcela da arrecadação do Imposto sobre a Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados e o direito da União de exercer a sua competência parcialmente com relação, *in casu*, a esses tributos, concedendo benefícios ou incentivos fiscais quando assim entender necessário, desde que dentro dos parâmetros constitucionais, obviamente. Deveras, se a competência para tributar é de um determinado ente da federação, a ele compete também, dentro das balizas constitucionais, promover desonerações, sem que outro ente se interponha quanto a isso.

Isso não significa, contudo, que os Municípios (Estados e Distrito Federal também) se vejam simplesmente privados

## FEDERALISMO (S) EM JUÍZO

das receitas a que teriam direito caso as mencionadas desonerações concedidas pela União não tivessem acontecido. Quer-se com isso dizer que, a nosso ver, têm as pessoas políticas que recebem as transferências (constitucionalmente) obrigatórias direito a algum tipo de compensação pela perda desses recursos, tão necessários na federação brasileira.

Reconhecemos que não se trata de tema de fácil deslinde, já por envolver a própria estruturação do Estado brasileiro, já pelas implicações sociopolítico-econômicas que ele acarreta. No entanto, deve-se caminhar adiante e, a nosso ver, grandes passos já foram dados no sentido de provocar reflexões e debate sobre questão tão relevante para a nossa federação.