

CAPÍTULO 8

FEDERALISMO FISCAL

JOSÉ AUGUSTO MOREIRA DE CARVALHO

Doutor e Mestre em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

FLÁVIO RUBINSTEIN

Doutor e Mestre em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. LL.M. pela Harvard Law School (EUA). Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

MATHEUS CARNEIRO ASSUNÇÃO

Mestre e Doutorando em Direito Financeiro (USP). Especialista em Administração Pública (FGV). Procurador da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO: 1. Fundamentos do federalismo fiscal: 1.1. O Estado federal; 1.2. Conceito e características do federalismo fiscal; 1.3. Princípios do federalismo fiscal – 2. Repartição das receitas tributárias: 2.1. Competências tributárias próprias na Constituição Federal; 2.2. Receitas tributárias transferidas: 2.2.1. Transferências intergovernamentais diretas; 2.2.2. Transferências intergovernamentais indiretas – 3. Repartição de receitas oriundas de recursos naturais: 3.1. Regime Constitucional; 3.2. Petróleo e gás natural; 3.3. Minérios; 3.4. Recursos Hídricos – 4. Transferências voluntárias: 4.1. Convênios, contratos de repasse e termos de cooperação; 4.2. Restrições – 5. O financiamento dos serviços de saúde e educação: 5.1. Fundeb; 5.2. SUS e Fundos de Saúde – 6. O condicionamento da entrega de recursos – 7. Dimensão federativa dos incentivos fiscais e guerra fiscal.

1. Fundamentos do federalismo fiscal

1.1. O Estado federal

Os Estados podem adotar diversas formas de organização. Conforme o grau de descentralização administrativa, política e legislativa, podem ser classificados como: a) unitários; b) confederações; ou c) federações.

Diz-se que é unitário quando o governo central predomina no exercício do poder político; admite-se a descentralização, mas desde que o governo central estabeleça seus níveis.

As confederações, diferentemente, congregam Estados soberanos regidos por um acordo comum.

As federações, por sua vez, são constituídas por Estados autônomos, vinculados constitucionalmente. Não existe uma federação igual a outra. Cada Estado organiza-se conforme suas peculiaridades históricas e políticas, refletidas no regime constitucional estabelecido. É possível, porém, assinalar características comuns aos Estados federais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que existe uma *Federação* quando há a predominância dos seguintes elementos: a) descentralização política, legislativa, financeira, administrativa e de políticas; b) presença de dois ou mais entes subnacionais; c) garantia, por intermédio de uma Constituição rígida, da indissolubilidade da forma federativa; d) autonomia dos entes federados e participação deles na formação da vontade da Federação; e) existência de uma Corte Constitucional com a finalidade de exercer o controle de constitucionalidade e, com isso, assegurar a permanência do pacto federativo.

Os Estados federais diferenciam-se a partir de alguns critérios, tais como a formação, a forma de organização e o equilíbrio.

Quanto à formação, podem ser criados por meio de *segregação* ou *agregação*. A segregação ocorre mediante o processo de descentralização de um determinado Estado unitário, cujas partes adquirem autonomia (a exemplo da formação da Federação brasileira). Já a agregação dá-se na aliança de Estados originalmente soberanos que, para construir um novo Estado, renunciam a essa soberania, passando a ter somente autonomia (a exemplo da formação da Federação Norte-americana).

No que se refere à organização, pode o Estado federativo ser *dual* ou *cooperativo*. Diz-se dual quando ocorre a repartição horizontal de competências, ou seja, quando elas são atribuídas a cada ente subnacional de forma individualizada, sem a interferência de um ente nas atribuições de outro. No sistema cooperativo, porém, há competências concorrentes e paralelas, organizadas de forma vertical, possibilitando a colaboração intergovernamental para melhor atender às necessidades públicas.

Quanto ao equilíbrio, a Federação pode ser preponderantemente *simétrica*, quando os entes subnacionais apresentam isonomia no relacionamento entre eles próprios, bem como em relação ao governo central. Quando essa isonomia não prevalece em qualquer um dos níveis (entre os próprios entes federados ou no seu relacionamento com o poder central), diz-se que a Federação é *assimétrica*.

1.2. Conceito e características do federalismo fiscal

No estabelecimento das relações entre os entes federados, principalmente entre o governo central e os entes subnacionais, há que se ter clara não apenas a

definição de competências, mas também a divisão ideal delas, com o objetivo de permitir que a Federação seja capaz de atingir os propósitos para os quais se destina.

Uma das maiores dificuldades é adequar as competências dos entes aos respectivos encargos. Se é certo que cada Estado federativo apresenta características diversas em relação aos demais, não menos correto é afirmar ser impossível estabelecer um modelo único de repartição de atribuições entre os entes subnacionais, que permita o alcance de níveis eficientes na obtenção, repartição e alocação de recursos.

Dependendo do grau e da forma de descentralização (legislativa, política, administrativa e de políticas), cada Estado terá maior ou menor sucesso no alcance de suas finalidades. Daí a importância do federalismo fiscal, pois é por intermédio das suas estruturas que se definem os encargos de cada ente, o grau de descentralização, e os mecanismos de obtenção de receitas, para que o Estado possa alcançar seus objetivos.

Quanto mais eficiente for a distribuição de competências entre os entes subnacionais e o governo central, melhores tendem a ser os resultados na geração de recursos públicos, na sua repartição, bem como na sua aplicação em prol da sociedade.

1.3. Princípios do federalismo fiscal

Dentre os princípios em que se fundamenta o federalismo fiscal, merecem destaque os princípios do benefício, da compensação fiscal e da distribuição centralizada.

Segundo o *princípio do benefício*, a divisão de encargos entre os diferentes níveis de governo (federal, estadual, distrital e municipal) deve observar o grau de abrangência territorial do benefício resultante para a população. Nessa perspectiva, a pavimentação de ruas e a coleta de lixo, por exemplo, seriam encargos típicos dos níveis locais de governo, haja vista a sua amplitude limitada à área municipal. De outro lado, não se conceberia que a construção de uma hidrelétrica seja atribuição de um município, até mesmo porque seria incapaz de fazer frente ao seu alto custo; devido à magnitude do empreendimento, caberia aos governos regionais e ao governo central tal responsabilidade.

De acordo com o *princípio da compensação fiscal*, tanto os prejuízos quanto os ganhos de receitas gerados para um determinado ente federado pela atuação de outro devem ser compensados, com a finalidade de proporcionar equilíbrio à Federação. Tais impactos nas receitas são ocasionados, normalmente, por atitudes do nível governamental que atua somente a partir de sua própria conveniência, sem considerar as consequências benéficas ou negativas às demais esferas governamentais e ao próprio Estado; são as chamadas externalidades. Com o princípio da compensação fiscal busca-se ajustar as externalidades observadas na atuação

dos entes federados. Ocorre externalidade positiva, por exemplo, quando municípios são involuntariamente beneficiados com a preservação de áreas ambientais pertencentes a outro município vizinho, o qual, por sua vez, encontra limitações legais para utilizar essa mesma área da forma que melhor lhe convém. De outro lado, uma ou mais cidades podem ser prejudicadas (externalidade negativa) em razão da ausência ou deficiência no tratamento de esgotos por parte de município limdeiro, que despeja seus dejetos em rio que serve a todos eles. Nessas hipóteses, a compensação ao ente afetado ocorre, no federalismo fiscal, por meio das transferências fiscais intergovernamentais.

O *princípio da distribuição centralizada* prevê que, nas questões envolvendo redistribuição de renda, tal atividade será mais eficaz se desempenhada pelo poder central. Isso porque, se tal ação fosse exercida pelos entes subnacionais, não haveria condições de as políticas distributivas serem amplamente praticadas, principalmente pela possibilidade de as pessoas localizadas nessas regiões se transferirem para outras de acordo com sua conveniência, ou seja, para obter vantagens com a adoção de um programa governamental aplicado em um determinado local ou até mesmo para fugir daquela política distributiva que lhe atinja negativamente, quando aplicada em sua própria região. Já a atuação do governo central permite uma uniformidade em toda Federação, evitando discrepâncias entre os diversos entes, mesmo porque é o ente centralizado que possui maior visualidade e conhecimento das desigualdades federativas.

2. Repartição das receitas tributárias

2.1. Competências tributárias próprias na Constituição Federal

Nos moldes da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), tendo em vista que a Federação brasileira compreende três níveis de governo, todos eles são dotados de competências tributárias próprias, quais sejam: (i) a União, (ii) os Estados-membros e o Distrito Federal e (iii) os Municípios. A opção por uma rígida *repartição de competências tributárias* é matéria que acompanhou todos os textos constitucionais a partir de 1891, desde o surgimento da Federação.

A repartição de competências dos *impostos* faz-se a partir de grandezas econômicas, reveladoras de capacidade contributiva, apontadas nos arts. 153, 155 e 156 da CF/1988, e singularmente distribuídas à União, aos Estados e Distrito Federal e aos Municípios.

Conforme dispõe o art. 153 da Constituição Federal, a União é atualmente dotada de competência para instituir impostos sobre: (i) importação de produtos estrangeiros; (ii) exportação de produtos nacionais ou nacionalizados; (iii) renda e proventos de qualquer natureza; (iv) produtos industrializados; (v) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (vi) propriedade territorial rural; e (vii) grandes fortunas, este último ainda não instituído.

No art. 154, admite-se que a União venha a instituir outros impostos, não previstos no texto constitucional. Esta “competência residual da União”, contudo, depende da edição de uma lei complementar e não pode invadir competência reservada a outro ente federal. O mesmo dispositivo permite que a União também institua impostos extraordinários no caso de guerra externa ou de sua iminência.

Aos Estados-membros e ao Distrito Federal, o art. 155 da CF/1988 confere competência para a instituição (i) do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos – ITCMD; (ii) do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS; e (iii) do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA.

Como se depreende da leitura do precitado art. 156, aos Municípios (e também do Distrito Federal, conforme disposto no art. 147 da CF/1988) foram atribuídas competências para a instituição do imposto sobre serviços – ISS, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU e do imposto sobre a transmissão de bens imóveis *inter vivos* – ITBI.

O inc. II do art. 145 da CF/1988 confere a todos os entes tributantes competência para a instituição de *taxas*. Considerando-se que esta espécie tributária vincula-se à atuação estatal (de exercício de poder de polícia ou de prestação de serviços públicos específicos e divisíveis), a competência tributária torna-se anexa à competência material para a atuação do ente federativo, tomada como fato gerador.

O inc. III do mesmo art. 145 da CF/1988 atribui, também a todos os entes da Federação, competência comum para a instituição de *contribuição de melhoria*, decorrente de obras públicas das quais decorram valorização do imóvel do particular. Seguindo lógica análoga à das taxas, as contribuições de melhoria somente podem ser instituídas pelo ente federado responsável pela obra que motivou tal valorização.

A espécie tributária dos *empréstimos compulsórios* (os quais podem ser instituídos nos casos de investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional, bem como de despesas extraordinárias em situação de calamidade pública ou de guerra ou iminência desta), de acordo com o art. 148 da CF/1988, é de competência exclusiva da União.

O art. 149 da CF/1988, que disciplina a espécie tributária das *contribuições sociais*, estabelece que a competência para instituí-las é de regra reservada para a União, embora o mesmo dispositivo assegure a possibilidade de outros entes federais instituírem tais contribuições, neste caso cobradas apenas de seus servidores e para o custeio – em benefício destes – de regime previdenciário próprio.

No que diz respeito às contribuições sociais, note-se que os recursos arrecadados com elas são destinados à atuação da União na área social, atuação esta que se encontra disciplinada a partir do art. 193 da CF/1988 (que versa sobre a “ordem social”).

O mesmo art. 149 trata das *contribuições especiais*, que são aquelas de intervenção no domínio econômico (as chamadas “CIDE”) e as de interesse de categorias profissionais ou econômicas. De modo análogo às contribuições sociais, as contribuições especiais justificam-se por sua finalidade, qual seja, a de prover recursos para a atuação da União nas respectivas áreas: no caso das CIDE, a intervenção sobre o domínio econômico, e no caso das contribuições de interesse de categoria profissional ou econômica, a atuação no interesse de tais categorias (competência da União).

Por meio de sucessivas emendas constitucionais de alteração do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem-se adotado e prorrogado um mecanismo de flexibilização parcial das vinculações de impostos, contribuições sociais e CIDEs. Este mecanismo, conhecido como da Desvinculação das Receitas da União – DRU, permite que 20% da arrecadação de tais tributos sejam desvinculados de órgão, fundo ou despesa, sem que isso implique redução da base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda, cite-se o art. 149-A da CF/1988 (introduzido pela EC 39, de 2002), o qual, pretendendo veicular nova espécie de contribuição, versa sobre um tributo de competência municipal ou distrital cuja receita fica vinculada ao custeio do serviço de iluminação pública.

2.2. Receitas tributárias transferidas

A federação brasileira utiliza intensamente o mecanismo das *transferências intergovernamentais*, por meio das quais recursos arrecadados por um dado ente da federação são transferidos a outros entes.

Essas transferências podem ser: (i) *constitucionais*, quando a exigência parte do texto constitucional, como no caso, por exemplo, do Fundo de Participação dos Estados – FPE – e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM; (ii) *legais*, cuja determinação parte da legislação infraconstitucional, como no caso dos repasses previstos pela Lei Kandir (LC 87/1996); ou (iii) *voluntárias*, definidas pelo art. 25 da LC 101/2000 como as *entregas de recursos correntes* ou de *capital* a outro ente da federação, a título de *cooperação*, *auxílio* ou *assistência financeira*.

A participação sobre a arrecadação de impostos de outros entes é o principal mecanismo de transferências financeiras intergovernamentais. As participações podem ser *diretas* (entregues diretamente aos entes menores ou por eles apropriadas mediante mera transferência orçamentária) ou *indiretas* (realizadas mediante fundos de participação ou de destinação). Ambas se caracterizam como instrumentos financeiros que criam para os entes políticos menores o direito a uma parcela da arrecadação do ente maior.

Ressalta-se que o art. 160 da CF/1988 veda a retenção ou qualquer restrição à entrega dos recursos relativos às transferências intergovernamentais, neles

compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos. É possível, porém, que a União, bem como os Estados e o Distrito Federal, condicionem a entrega de recursos: (i) ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; e (ii) ao cumprimento dos gastos constitucionalmente estabelecidos com saúde.

2.2.1. Transferências intergovernamentais diretas

Os mecanismos de participação direta estão previstos nos arts. 153, § 5.º, 157, 158 e 159, II, da CF/1988.

O primeiro caso de participação direta verifica-se nos arts. 157, I, e 158, I, em relação ao produto da arrecadação do imposto de renda incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios, assim como por autarquias e fundações instituídas e mantidas por tais entes. Estas receitas do imposto de renda, que é tributo de competência da União, são diretamente apropriadas pelos entes subnacionais referidos.

Já o art. 157, II, prevê que 20% do produto da arrecadação de imposto que a União vier a instituir no exercício de sua competência residual deverá ser entregue aos Estados e ao Distrito Federal. A competência residual, lembre-se, é atribuída à União pelo art. 154, I.

O art. 158, II, por sua vez, dispõe que os Municípios têm direito a 50% do montante de ITR (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural) arrecadado pela União nos respectivos territórios. Ou seja, à União cabe tributar a pessoa física ou jurídica que possui um imóvel na zona rural de determinado município e, de acordo com o citado dispositivo legal, deve entregar metade do produto da arrecadação ao Município onde estiver localizado o imóvel rural. O texto constitucional permite que os Municípios, caso celebrem convênios com a União optando por fiscalizar e cobrar o ITR, fiquem com a totalidade do produto da arrecadação desse imposto; tais convênios devem observar as disposições da Lei 11.250/2005 e do Dec. 6.621/2008.

De acordo com o art. 158, III, da CF/1988, os Estados deverão entregar aos Municípios 50% da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) licenciados em seus respectivos territórios.

De modo análogo, os Municípios fazem jus à recepção de 25% do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) (art. 158, IV, da CF/1988).

A distribuição do ICMS arrecadado segue parâmetros preestabelecidos pelo parágrafo único do mesmo art. 158. A referida parcela de 25% de receita do ICMS, que pertence aos Municípios, será dividida da seguinte forma: (i) três quartos, no mínimo, corresponderão ao valor adicionado, ou seja, o valor das mercadorias saídas, acrescido do das prestações de serviço, deduzido o das mercadorias entradas,

em cada ano civil; e (ii) até um quarto será creditado segundo critérios fixados em lei estadual ou, no caso dos Territórios, os critérios fixados em lei federal.

Interessante notar que o STF já determinou a impossibilidade de condicionar o repasse da quota devida aos Municípios à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. Tal limitação, de acordo com a Corte Suprema, configura-se como interferência indevida do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.¹

A participação dos Estados e Municípios, respectivamente, em 30% e 70% do IOF sobre o ouro, quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, também é considerada como modalidade direta de repartição de receitas, nos moldes do art. 153, § 5.º, I e II, da CF/1988.

Os Estados e o DF ainda têm direito, assegurado no inc. II do art. 159 da CF/1988, a receber 10% do IPI, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados por eles realizados.

Por fim, conforme estabelece o inc. III do art. 159 da CF/1988, do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico sobre o setor de combustíveis e derivados (prevista no art. 177, § 4.º, da CF/1988), 29% devem ser entregues para os Estados e o Distrito Federal e distribuídos na forma da legislação infraconstitucional. As receitas dessa contribuição especial destinam-se ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes, consoante determina a alínea c do inc. II do § 4.º do mencionado art. 177.

2.2.2. Transferências intergovernamentais indiretas

As transferências intergovernamentais indiretas materializam-se por intermédio de fundos de participação, que adotam critérios a partir dos quais os recursos serão repartidos entre os entes federativos que fazem jus à participação.

De acordo com o que dispõe o art. 161, II, do texto constitucional, os fundos de participação devem ter seus respectivos recursos distribuídos, nos termos de lei complementar, de forma a “promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados”. Este dispositivo deve ser lido em conjunto com o art. 3.º, II, da CF/1988, segundo o qual a redução das desigualdades sociais e regionais consiste em um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Em conformidade com o art. 159 I, *a, b e d*, o FPE (Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal) e o FPM (Fundo de Participação dos Municípios) contam com parcelas fixas obrigatórias da arrecadação líquida do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre a Renda (IR), cujas receitas são

1. RE 572.762, Plenário, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 05.09.2008, com repercussão geral.

recolhidas pela Receita Federal do Brasil, contabilizadas pela Secretaria do Tesouro Nacional e repassadas aos governos subnacionais pelo Banco do Brasil mediante determinação e supervisão desta última secretaria.

O montante do Fundo de Participação dos Estados (FPE) é constituído de 21,5% da arrecadação líquida do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Já o montante do FPM é constituído de 24,5% da arrecadação líquida do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza – IR e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), sendo que um por cento será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano, e outro um por cento no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano.

Note-se que a arrecadação líquida em tela corresponde à arrecadação bruta após a dedução dos incentivos fiscais e das restituições. Conforme determina o parágrafo único do art. 1.º da LC 62/1989, integrarão a base de cálculo das transferências, além do montante dos impostos 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.

A arrecadação bruta do IR e do IPI é apurada decêndialmente pela Receita Federal do Brasil, que deduz as restituições e os incentivos fiscais (relativos ao mesmo período) e comunica o montante da arrecadação líquida resultante à Secretaria do Tesouro Nacional. Esta secretaria, então, contabiliza tal arrecadação no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi) e informa ao Banco do Brasil o montante a ser transferido (aos Estados, no caso do FPE, e aos Municípios, no caso do FPM). O Tribunal de Contas da União efetua o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação e acompanha a classificação das receitas que lhes dão origem.

As receitas do FPE são distribuídas entre os 26 Estados-membros e o Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos na LC 62/1989, alterados pela LC 143/2013.

Os valores dos repasses do FPE até 31.12.2015 deveriam ser obtidos com base nos coeficientes individuais de participação constantes do Anexo Único da LC 62/1989. A partir de janeiro de 2016, cada entidade beneficiária deve receber valor igual ao que foi distribuído no correspondente decêndio do exercício de 2015, corrigido pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) ou outro que vier a substituí-lo e pelo percentual equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) da variação real do PIB nacional do ano anterior ao ano considerado para base de cálculo. Também a partir de janeiro de 2016, a parcela que superar o montante mínimo estipulado deve ser distribuída proporcionalmente a coeficientes individuais de participação obtidos a partir da

combinação de fatores representativos da população e do inverso da renda domiciliar per capita da entidade beneficiária, assim definidos: a) o fator representativo da população corresponderá à participação relativa da população da entidade beneficiária na população do País, observados os limites superior e inferior de, respectivamente, 0,07 (sete centésimos) e 0,012 (doze milésimos), que incidirão uma única vez nos cálculos requeridos; b) o fator representativo do inverso da renda domiciliar per capita corresponderá à participação relativa do inverso da renda domiciliar per capita da entidade beneficiária na soma dos inversos da renda domiciliar per capita de todas as entidades.

A constitucionalidade desses critérios foi questionada por meio da ADIn 5069, proposta pelo Governador do Estado de Alagoas, sob o fundamento de que não são aptos a promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos, pois reproduzem fundamentalmente os mesmos parâmetros da LC 62/1989, já declarados inconstitucionais pelo STF (ADIn 875).

Segundo o entendimento STF, os únicos critérios de rateio aptos ao atendimento da exigência constitucional são aqueles que *assimilem e retratem a realidade socioeconômica dos destinatários das transferências*, pois, se tais critérios objetivam a atenuação das desigualdades regionais, com a conseqüente promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados, revela-se primordial que eles permitam que dados fáticos, apurados periodicamente por órgãos ou entidades públicas, possam influir na definição dos coeficientes de participação. Nessa ótica, a reprodução dos coeficientes estáticos da LC 62/1989, por meio da LC 143/2013, seria também inconstitucional. O caso, porém, ainda se encontra pendente de julgamento.

Quanto ao FPM, a legislação federal determina que 10% dessas receitas sejam atribuídas às capitais estaduais. Os Municípios do "interior" têm direito a receber os outros 90% das receitas do fundo, que são transferidas para estados e, em seguida, distribuídas aos seus respectivos municípios. Esta distribuição, em conformidade com o art. 91 do CTN, o Dec.-lei 1.881/1981 e a LC 91/1997 é feita da seguinte forma: 86,4% para todos os Municípios deste grupo e 3,6% para um fundo especial de reserva, que beneficia somente Municípios com menos de 142.633 habitantes.

Conforme determina o § 1.º do art. 91 do CTN, a parcela de 10% das receitas do FPM atribuída às capitais estaduais é repartida proporcionalmente a um coeficiente individual de participação, resultante do produto (i) do fator representativo da população e (ii) do fator representativo do inverso da renda per capita do respectivo Estado. Os dados que embasam o cálculo desses fatores são fornecidos ao Tribunal de Contas da União pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), com data de referência de 01 de julho de cada ano, consoante dispõe a Lei 8.443/1992. O primeiro fator é calculado como uma proporção entre a população da capital examinada e a população agrupada de todas as capitais dos Estados brasileiros, e varia de 2,00 a 5,00. O inverso da renda per capita de cada Estado resulta do cálculo

da relação entre a renda per capita de cada ente e a renda per capita do País; a partir do inverso deste valor calculado, expresso em percentual, chega-se ao fator correspondente, que varia de 0,4 a 2,5.

A distribuição da parcela referente aos 90% das receitas do FPM destinados aos Municípios do interior, de acordo com o § 2.º do mencionado art. 91, deve ser feita a partir da atribuição de coeficientes individuais de participação, os quais dependerão das respectivas populações municipais. Estes coeficientes, que variam de 0,6 (para Municípios com menos de 10.188 habitantes) a 4,0 (para Municípios com mais de 152.216 habitantes), são disciplinados pelo Dec.-lei 1.881/1981 e fixados anualmente pelo Tribunal de Contas da União. Esses dados são informados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Para a finalidade de determinação dos coeficientes de participação, o IBGE publica no Diário Oficial da União, até o dia 31 de agosto de cada ano, a relação das populações por Estados e Municípios. Conforme esclarece a cartilha do TCU acerca das transferências constitucionais e legais, os interessados, dentro do prazo de 20 dias da referida publicação, sob o risco de preclusão administrativa, podem apresentar reclamações fundamentadas ao próprio IBGE, o qual decidirá sobre os recursos de maneira conclusiva (conforme dispõe o art. 102 da Lei 8.443/1992). A relação final com o número de habitantes, depois de apreciados os recursos eventualmente apresentados pelos Municípios, deve ser enviada ao TCU até 31 de outubro de cada ano.

Ainda de acordo com a Res. 242/1990 do TCU, cada Estado tem direito a uma participação diferenciada na distribuição das receitas do FPM. Por este motivo, dois ou mais Municípios de Estados distintos situados na mesma faixa populacional podem, eventualmente, possuir o mesmo coeficiente populacional e, não obstante, receber transferências em montantes diversos. Esta resolução, que regulamenta o art. 5.º da LC 62/1989, traz uma tabela com as porcentagens de cada Estado em relação ao total a distribuir, variando de 0,0851% (Roraima) a 14,1846% (Minas Gerais).

Finalmente, deve-se ressaltar que os Municípios beneficiados pelo fundo de reserva, quais sejam, aqueles com população inferior a 142.633 habitantes (i.e., os Municípios enquadrados nos coeficientes 3,8 e 4,0 da tabela de faixas de habitantes do Dec.-lei 1.881/1981), participam tanto da distribuição genérica de recursos para o grupo do interior, conforme explicado acima, quanto da distribuição dos valores atrelados a este fundo específico (4% da parcela destinada aos Municípios do interior, que corresponde a 3,6% do total das receitas do FPM).

A distribuição dos recursos desse fundo especial de reserva é determinada por coeficientes calculados a partir da população de cada Município participante e da renda per capita do respectivo Estado (em conformidade com o art. 91 do CTN, o Dec.-lei 1.881/1981 e com as informações prestadas pelo IBGE), seguindo basicamente a mesma metodologia aplicada para as capitais, uma vez que os critérios de cálculo são iguais.

3. Repartição de receitas oriundas de recursos naturais

3.1. Regime Constitucional

De acordo com a disciplina da Constituição Federal de 1988, conforme se depreende da leitura do § 1.º do art. 20, confere-se aos entes federativos, bem como aos órgãos da administração direta da União, o direito de (i) auferir participação na exploração de recursos hídricos, minerais de petróleo ou gás natural, nos seus respectivos territórios, ou (ii) receber compensação financeira por tal exploração.

Nesse passo, nota-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, ganhou status constitucional o direito dos entes federativos sobre os benefícios financeiros advindos da exploração de determinados recursos naturais (petróleo, gás natural, minérios e recursos hídricos para geração de energia).

Essa sistemática encontra suas raízes no longínquo ano de 1953, quando a Lei 2004, em seu art. 27, previa que Estados e Territórios – onde se fizessem a lavra de petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás – teriam direito ao recebimento de uma “indenização”, a ser paga pela Petrobras e suas subsidiárias, correspondente a uma porcentagem fixa, no montante de 5% do valor da exploração.

Ainda que se possa cogitar da distinção, na norma constitucional, entre “participação”, que caracterizaria uma associação de benefícios, e “compensação”, que pressuporia um prejuízo, não parece existir clara distinção de regime jurídico entre a remuneração devida pela participação e a compensação financeira. Ambas as hipóteses, em verdade, apenas se diferenciariam em relação ao modo de dimensionar e calcular as receitas públicas decorrentes da exploração dos recursos naturais descritos no § 1.º do art. 20 da CF/1988.

Afinal, embora a propriedade dos recursos naturais em tela seja da União, estes recursos, fatalmente, situam-se nos territórios de determinados Estado-membros e Municípios, o que justificaria que uma parte do resultado econômico da exploração de tais recursos fosse destinada aos governos subnacionais.

Cabe à União o ônus de repassar a verba para Estados, Distrito Federal e Municípios sem qualquer desconto. No caso de retardamento da transferência, cabe a multa de mora. Estados e municípios podem postular seu recebimento, pois o atraso pode ter prejudicado o pagamento de débitos públicos. Assim, caracteriza-se o vínculo jurídico entre União e concessionária no que tange à exploração; Estados e Municípios emergem como credores da União.

As compensações financeiras (em suas diversas denominações) caracterizam-se como modalidade de *royalties*, ainda que este termo técnico tenha sido empregado pela primeira vez na legislação pátria apenas em 1997, na chamada “Lei do Petróleo” (Lei 9.478/1997).

O montante das compensações financeiras deve ser matéria de lei específica (lei ordinária, inexistindo previsão constitucional de reserva de lei complementar para tal regulação).

Ao Congresso Nacional, portanto, foi conferida a competência para estabelecer – por meio de leis ordinárias – as modalidades de compensação financeira a serem adotadas em cada caso.

Exercendo tal competência, o Congresso Nacional promulgou leis ordinárias que instituíram diversas compensações financeiras relacionadas à exploração de recursos naturais minerais, hídricos e de hidrocarbonetos, consoante se examinará adiante.

3.2. Petróleo e gás natural

Os “*royalties* do petróleo” são espécie de *compensação financeira* devida a Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em virtude da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural, extraídos de bacia sedimentar terrestre e de plataforma continental pelas empresas concessionárias exploradoras.

Consoante dispõe o art. 1.º do Dec. 2.705/1998, as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, exercidas mediante contratos de concessão celebrados nos termos da Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), sujeitam-se ao pagamento das seguintes participações governamentais: (i) bônus de assinatura; (ii) *royalties*; (iii) participação especial; (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área.

A distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural resulta da conjugação de dois critérios: a *alíquota* e a *localização da lavra* (ou produção). A localização da lavra é definida pelo inc. XVI do art. 6.º da Lei 9.478/1997 como o “conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação”.

A Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), estabeleceu em 10% a alíquota básica dos *royalties*, subdivida em dois componentes: (i) um primeiro, fixado em 5%, que é distribuído aos beneficiários de acordo com os critérios constantes da Lei 7.990/1989 e do Dec. 1/1991; e (ii) um componente variável, também denominado “parcela acima dos 5%” ou “parcela excedente aos 5%”, que é distribuído de acordo com os critérios constantes da Lei 9.478/1997 e do Dec. 2.705/1998. A alíquota básica poderá, contudo, ser reduzida pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, até um mínimo de 5%, tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores. Esta redução deverá ser prevista no edital de licitação correspondente. A alíquota divide-se em duas parcelas, portanto: uma, fixa, de 5% da produção (valor mínimo) e outra, excedente aos 5%, representada pela diferença entre a alíquota básica e os 5% mínimos.

Tanto para a parcela fixa, quanto para a “parcela excedente aos 5%”, como se anteviu, a legislação prevê formas diferenciadas de distribuição, conforme a lavra dos hidrocarbonetos ocorra em terra (ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres) ou na plataforma continental (mar).

Do produto da arrecadação da parcela de 5%, em relação à lavra de hidrocarbonetos em terra (na modalidade de regime de concessão), a distribuição do montante arrecadado atenderá aos seguintes parâmetros, em conformidade com o art. 7.º da Lei 7.990/1989 e com o Dec. 1/1991:

- (i) 70% aos Estados produtores;
- (ii) 20% aos Municípios produtores; e
- (iii) 10% aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo ou gás.

Ainda em relação ao produto da arrecadação da parcela de 5%, mas para os casos de lavra de hidrocarbonetos na plataforma continental (também na modalidade de regime de concessão), a distribuição do montante arrecadado, conforme preveem os já citados art. 7.º da Lei 7.990/1989 e Dec. 1/1991, será feita da seguinte forma:

- (i) 30% aos Estados e ao Distrito Federal produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas;
- (ii) 30% aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas;
- (iii) 20% ao Ministério da Marinha (para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas).
- (iv) 10% aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; e
- (v) 10% para a constituição de um fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios; esse fundo, conforme prevê o art. 6.º da Lei 7.525/1986, terá seus recursos distribuídos “de acordo com os critérios estabelecidos para o rateio dos Fundos de Participação dos Estados, dos Territórios e dos Municípios”, obedecida a proporção de 20% para os Estados e 80% para os Municípios.

O referido fundo especial, conforme prevê o art. 6.º da Lei 7.525/1986, terá seus recursos distribuídos “de acordo com os critérios estabelecidos para o rateio dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados, dos Territórios e dos Municípios,” obedecida a proporção de 20% para os Estados e 80% (oitenta por cento) para os Municípios.

Já em relação à “parcela excedente aos 5%”, nos casos de lavra em terra, de acordo com o inc. I do art. 49 da Lei 9.478/1997 e com o Dec. 2.705/1998, a distribuição será feita como segue:

- (i) 52,5% aos Estados onde ocorrer a produção;

(ii) 25% ao Ministério da Ciência e Tecnologia;

(iii) 15% aos Municípios onde ocorrer a produção; e

(iv) 7,5% aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e segundo os critérios estabelecidos pela ANP.

Também no âmbito da “parcela excedente aos 5%”, mas nos casos de lavra na plataforma continental, de acordo com o caput do art. 49 da Lei 9.478/1997 e o Dec. 2.705/1998, a distribuição será feita em conformidade com os critérios abaixo:

(i) 25% para o Ministério da Ciência e Tecnologia;

(ii) 22,5% aos Estados produtores confrontantes;

(iii) 22,5% aos Municípios produtores confrontantes;

(iv) 15% ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das áreas de produção;

(v) 7,5% aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e segundo os critérios estabelecidos pela ANP; e

(vi) 7,5% para a constituição de um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios; esse fundo, conforme prevê o art. 6.º da Lei 7.525/1986, terá seus recursos distribuídos “de acordo com os critérios estabelecidos para o rateio dos Fundos de Participação dos Estados, dos Territórios e dos Municípios”, obedecida a proporção de 20% para os Estados e 80% para os Municípios.

Nos dois casos referidos acima, de acordo com a Lei 11.921/2009 e o Dec. 7.403/2010, as verbas do Ministério da Ciência e da Tecnologia devem ser destinadas para financiar programas de amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico aplicados à indústria do petróleo, do gás natural, dos biocombustíveis e à indústria petroquímica de primeira e segunda geração, bem como para programas de mesma natureza que tenham por finalidade a prevenção e a recuperação de danos causados ao meio ambiente por essas indústrias.

Em síntese, coexistem duas lógicas diferenciadas para a repartição de *royalties* – a alíquota mínima de 5%, distribuída de acordo com a Lei 7.990/1989 e o Dec. 1/1991; e a alíquota excedente a 5%, distribuída de acordo com a Lei 9.478/1997 e o Dec. 2.705/1998. O rateio dos recursos dos *royalties*, diante destas duas lógicas, acaba variando em função da alíquota vigente nos campos petrolíferos.

A segunda modalidade de compensação financeira, pela exploração de petróleo e gás natural, que tem receitas repartidas entre os entes da federação, é a chamada “participação especial”, prevista no art. 50 da Lei 9.478/1997.

Essa modalidade de compensação financeira, devida nos casos em que haja grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, será aplicada sobre a re-

ceita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação vigente.

Os recursos da participação especial serão distribuídos da seguinte forma:

- (i) 40% para o Ministério de Minas e Energia;²
- (ii) 10% ao Ministério do Meio Ambiente;
- (iii) 45% para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção; e
- (iv) 10% para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção.

Do montante que cabe ao Ministério de Minas e Energia, 70% destinam-se para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de combustíveis fósseis, a serem promovidos pela ANP, nos termos dos incs. II e III do art. 8.º da Lei 9.478/1997, e pelo Ministério em questão; 15% destinam-se para o custeio dos estudos de planejamento da expansão do sistema energético e 15% destinam-se para o financiamento de estudos, pesquisas, projetos, atividades e serviços de levantamentos geológicos básicos no território nacional.

É interessante notar que a estrutura de repartição das participações especiais é mais centralizada do que a dos *royalties*, na medida em que aquelas se distribuem de forma agregada entre a União, Estados e Municípios nas proporções respectivas de 50%, 40% e 10%.

Cabe mencionar, ainda, que no contexto de todas as modalidades de compensação financeira aqui descritas, a tradução e a aplicação do conceito de Estados e Municípios confrontantes, assim como o de pertencentes às áreas geoeconômicas, quando aplicáveis, são de competência do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Consoante dispõe o art. 35 do Dec. 2.705/1998, os pagamentos dos *royalties* são efetuados mensalmente à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que os repassa aos respectivos beneficiários por intermédio de contas específicas no Banco do Brasil, de acordo com os coeficientes individuais de participação de cada um deles, calculados pela ANP com base em informações do IBGE. Semelhante sistemática é adotada em relação aos valores da participação especial, com a diferença de que a apuração faz-se trimestralmente pela empresa exploradora (concessionária).

2. Desse montante, 70% destinam-se para o financiamento de estudos e serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção de combustíveis fósseis, a serem promovidos pela ANP, nos termos dos incs. II e III do art. 8.º da Lei 9.478/1997, e pelo Ministério em questão; 15% destinam-se para o custeio dos estudos de planejamento da expansão do sistema energético e 15% destinam-se para o financiamento de estudos, pesquisas, projetos, atividades e serviços de levantamentos geológicos básicos no território nacional.

Finalmente, abaixo serão apresentadas algumas considerações sobre a repartição federativa das compensações financeiras no contexto da exploração de petróleo e gás natural na área do pré-sal, quais sejam, os (i) *royalties* e o (ii) bônus de assinatura.

De acordo com o que preveem os §§ 3.º do art. 49 e 4.º do art. 50 da Lei 9.478/1997 (com a redação determinada pelo § 1.º do art. 49 da Lei 12.351/2010), as parcelas dos *royalties* e do bônus de assinatura que cabem à administração direta da União serão integralmente destinadas ao Fundo Social do Pré-Sal, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, sendo vedada sua destinação aos órgãos específicos de que trata.

O cumprimento dessas regras, em conformidade com o § 2.º do mesmo art. 49 da Lei 12.351/2010 obedeceria a regra de transição, a critério do Poder Executivo, estabelecida na forma do regulamento.

Contudo, diante da magnitude das potenciais receitas do pré-sal, houve um conflituoso movimento federativo em busca de um novo modelo de repartição das compensações financeiras decorrentes da exploração de petróleo.

Nesse contexto, em 30.11.2012 foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei 12.734/2012. Antes mesmo da sua edição, essa lei foi objeto de muita polêmica e discussões acaloradas, pautadas em argumentos essencialmente políticos.

Diante dos embates federativos que se intensificavam, a Presidente Dilma Rousseff optou por vetar inúmeros dispositivos da Lei 12.734/2012, com destaque para aqueles que estabeleciam nova forma de distribuição dos *royalties* e das participações especiais entre os entes federados, diminuindo a parcela destinada aos denominados Estados e Municípios “produtores”. Vale ressaltar que os vetos presidenciais foram precedidos por fortes pressões políticas dos Estados mais afetados pela modificação dos critérios de partilha, quais sejam, Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo.

Ao retornar para análise do Congresso Nacional, os vetos presidenciais em questão foram derrubados e os critérios de partilha mais equânimes entre todos os entes federativos foram reestabelecidos. A Lei 12.734/2012, portanto, foi aprovada nos termos em que o Congresso Nacional havia inicialmente idealizado, sendo promulgada em sua versão final no dia 15.03.2013.

De acordo com a nova lei, a parcela do valor dos *royalties*, previstos no contrato de concessão, que representa 5% da produção, será dividida da seguinte maneira:

- Quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:
 - a) 70% aos Estados onde ocorrer a produção;

- b) 20% aos Municípios onde ocorrer a produção; e
- c) 10% aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critérios estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo.
- Quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva:
 - a) 20% aos Estados confrontantes;
 - b) 17% aos Municípios confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas;
 - c) 3% aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela Agência Nacional do Petróleo;
 - d) 20% à constituição de fundo especial a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
 - i. Os recursos serão distribuídos somente aos Estados e, se for o caso, ao Distrito Federal, que não tenham recebido recursos por serem produtores/confrontantes;
 - ii. O rateio obedecerá às mesmas regras aplicadas ao FPE;
 - iii. O percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, excluído do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do exposto no item i, será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, proporcionalmente às suas participações no FPE;
 - iv. O Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderão optar por receber os recursos do fundo especial em questão, desde que não recebam recursos em decorrência do fato de serem produtores/confrontantes;
 - v. Os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que o Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item iv, serão adicionados aos recursos do fundo especial em questão.
 - e) 20% à constituição de fundo especial a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
 - i. Os recursos serão distribuídos apenas aos Municípios que não tenham recebido recursos por serem considerados produtores/confrontantes;
 - ii. O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios, veiculado no art. 159 da CF;
 - iii. O percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do exposto no item i será redistribuído entre os demais Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

iv. O Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial em questão, desde que não receba recursos em decorrência do fato de ser produtor/confrontante;

v. Os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item iv serão adicionados aos recursos do fundo especial em questão.

f) 20% à União Federal, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei 12.734/2012, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

Em ato contínuo à aprovação da lei, os Estados mais prejudicados com o novo modelo de partilha ajuizaram no STF três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns 4.916, 4.917 e 4.920) questionando a constitucionalidade da legislação recém-aprovada. Merece menção, ainda, para a existência de uma quarta ADIn ajuizada pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (ADIn 4.918).

Em decisão liminar proferida pelo STF em meados de março de 2013 nos autos da ADIn 4.917, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, a Min. Carmen Lúcia suspendeu diversos artigos da Lei 12.734/2012, restaurando a sistemática de partilha dos *royalties* de participações especiais estabelecida pela legislação anterior.

De acordo com o entendimento da Min. Carmen Lúcia, restou suficientemente demonstrada a urgência do pedido, eis que os pagamentos são feitos mensalmente, bem como os riscos que a eficácia dos dispositivos causaria, porquanto seus efeitos seriam de difícil desfazimento.

Em face dessa decisão cautelar, a Mesa do Senado Federal interpôs Agravo Regimental com base no art. 317 do RISTF. Dentre as razões alegadas no agravo, citem-se: (i) a imposição legal de observância da reserva de plenário para a concessão de medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade para suspender lei aprovada pelo Congresso Nacional; (ii) o respeito à atividade típica de um dos Poderes da República; (iii) a ausência de prévia intimação do Congresso Nacional para prestar informações; (iv) a possibilidade de deliberação do plenário do STF antes da ocorrência do alegado dano que caracterizaria o *periculum in mora*; e (v) a presença do *periculum in mora* inverso, haja vista o prejuízo que a decisão monocrática cautelar traria aos Estados e Municípios não produtores, que deixariam de receber os valores que a nova legislação democraticamente aprovada determina.

Expondo o conflito federativo subjacente à questão em discussão, diversos *amici curiae* habilitaram-se nos autos da ADIn 4.917, nomeadamente o Estado da Paraíba; o Estado de Alagoas, o Estado do Rio Grande do Sul e a Confederação Nacional dos Municípios.

3.3. Minérios

A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM é a contraprestação pelo aproveitamento econômico dos recursos minerais, calculada sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, mediante a aplicação de alíquotas que variam de acordo com a substância mineral.

Vale pontuar que a CFEM teve sua constitucionalidade questionada. As alegações conferiam-lhe natureza tributária, de forma que feriria o art. 154, I e o art. 155, § 3.º, ambos da CF/1988. A escolha de faturamento como base de cálculo teria desvinculado a natureza de compensação financeira da receita. O STF decidiu que, ainda que o nome de Compensação Financeira lhe tenha sido erroneamente atribuído, trata-se de *receita originária* sem natureza tributária (RE 228.800/DF, j. 25.09.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Ademais, não há inconstitucionalidade, visto que a escolha do faturamento como base de cálculo encontra-se em conformidade com o art. 20, § 1.º, da CF/1988 que prevê expressamente a possibilidade de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de recursos minerais.

O § 2.º do art. 2.º da Lei 8.001/1990 dispõe sobre os percentuais da CFEM destinados aos entes subnacionais e aos órgãos diretos da Administração, a saber:

- (i) 23% (vinte e três por cento) para os Estados e o Distrito Federal;
- (ii) 65% (sessenta e cinco por cento) para os Municípios;
- (iii) 2% (dois por cento) para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, instituído pelo Dec.-lei 719/1969 e restabelecido pela Lei 8.172/1991; e
- (iv) 10% (dez por cento) para o Ministério de Minas e Energia, a serem integralmente repassados ao Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, que destinará 2% (dois por cento) desta cota-parte à proteção mineral em regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama.

Os Municípios beneficiários da CFEM são apenas aqueles onde ocorre a lavra mineral, não havendo previsão específica para o pagamento desta compensação financeira a Municípios contíguos a áreas de exploração mineral.

As receitas da CFEM devem ser creditadas, nas datas especificadas na legislação, nas Contas de Movimento Específicas abertas no Banco do Brasil pelos Estados e Municípios beneficiários.

3.4. Recursos Hídricos

Quando os recursos hídricos são explorados para fins de geração de energia elétrica podem ser cobradas duas espécies de *royalties*: (i) Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos – CFURH; e (ii) *Royalties* de Itaipu.

A CFURH, valor que os titulares de concessão ou autorização de usinas pagam para exploração de potencial hidráulico, para fins de geração de energia elétrica, será de 6,75% sobre o valor da energia elétrica produzida, conforme determina o art. 17 da Lei 9.648/1998 (alterado pela Lei 9.984/2000).

Dessa compensação financeira, (i) 6% do valor da energia produzida serão distribuídos entre os Estados, Municípios e órgãos da administração direta da União e (ii) 0,75 % do valor da energia produzida serão destinados ao Ministério do Meio Ambiente, para aplicação na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A distribuição mensal da parcela dos 6% será feita da seguinte forma:

- (i) 45% aos Estados;
- (ii) 45% aos Municípios;
- (iii) 4,4% ao Ministério do Meio Ambiente;
- (iv) 3,6% ao Ministério de Minas e Energia;
- (v) 2% ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

Nessa partilha, o Distrito Federal receberá o montante correspondente às parcelas de Estado e de Município.

Nos casos em que o potencial hidráulico atinja mais de um Estado ou Município, conforme prevê o art. 5.º da Lei 7.990/1989, a distribuição dos percentuais deverá ser feita de maneira proporcional, levando-se em consideração as áreas inundadas e outros parâmetros de interesse público regional ou local. De acordo com o parágrafo único desse dispositivo, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, deveria elaborar, anualmente, os estudos necessários à operacionalização dos critérios estabelecidos no caput deste artigo. Atualmente, em virtude da extinção do DNAEE por força da Lei 9.427/1996, esta atribuição é exercida pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel.

Já em relação aos valores de compensação financeira devidos pela geração de energia na usina de Itaipu Binacional, cujos percentuais legais são definidos em tratados internacionais, a divisão federativa deve seguir os seguintes critérios, conforme prevê o art. 1.º da Lei 8.001/1990:

- (i) 45% aos Estados;
- (ii) 45% aos Municípios;
- (iii) 3% ao Ministério do Meio Ambiente;
- (iv) 3% ao Ministério de Minas e Energia; e
- (v) 4% ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT).

Da parcela de 90% que cabe aos entes subnacionais (45% aos Estados e 45% aos Municípios), 85% dos royalties em questão deverão ser distribuídos aos Estados e Municípios diretamente afetados pela Usina de Itaipu, com a parcela remanescente de 15% sendo direcionada aos Estados e Municípios afetados pelos reservatórios desta usina.

À semelhança do que se disse acima quanto aos *royalties* pela utilização de recursos hídricos distintos de Itaipu, o Distrito Federal receberá o montante correspondente às parcelas de Estado e de Município.

Em ambas as modalidades de compensação financeira pela exploração de recursos hídricos, o rateio da quantia destinada a cada município segue dois critérios:

- a) a proporção de área inundada por reservatórios de usinas hidrelétricas; e
- b) o repasse por "ganho de energia", conforme a regularização de vazão do rio.

O primeiro critério (proporção de área inundada por reservatórios de usinas hidrelétricas), parece correto afirmar, visa a compensar o conjunto de impactos socioeconômicos e ambientais sobre os entes federativos afetados pela formação de reservatórios de hidrelétricas.

Já o segundo critério (repasse por "ganho de energia", conforme a regularização de vazão do rio) parece considerar o fato de que, em muitos casos, a água existente no reservatório da usina hidrelétrica não é a única responsável pela quantidade total de energia gerada. Nestes casos, uma parcela desta geração resultará da água represada nos reservatórios de outras usinas, situadas "a montante", ou seja, rio acima.

O "ganho de energia" é verificado quando uma central geradora produz mais em razão da operação de outras usinas que regularizam o volume de água do rio. Estas usinas adicionais são situadas acima ("a montante") das centrais geradoras e funcionam como caixas d'água, nas quais a água armazenada na época de cheia é utilizada em períodos de seca. Assim, as usinas "caixa d'água" são capazes de regularizar a vazão do rio e diminuir a oscilação natural existente entre os períodos de cheia e de seca. O ganho de energia deve ser distribuído aos Municípios onde estas usinas caixa d'água estão localizadas. Para tanto a Aneel estabelece coeficientes de repasse, de modo a indicar o percentual de recursos que cabe a cada usina. Por fim, cabe notar que quando uma nova usina entra em operação, procede-se à revisão dos coeficientes de repasse do ganho de energia de todas as usinas que já funcionam na respectiva bacia hidrográfica.

Deve-se notar, ainda, que os Municípios onde estão localizadas as casas de máquinas das usinas hidrelétricas, ainda que não tenham áreas inundadas pelo reservatório, têm direito ao recebimento das compensações financeiras em tela. Nesta hipótese, as receitas serão divididas em parcelas iguais, correspondentes ao número de municípios envolvidos; ao Município da casa de máquinas cabe-

rá uma destas frações ideais e as frações remanescentes serão repartidas entre Municípios diretamente atingidos pelo reservatório, com base proporcional nas respectivas áreas inundadas.

Cabe à Secretaria do Tesouro Nacional distribuir os valores arrecadados das geradoras de energia hidrelétrica, com base no cálculo feito pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel. Os recursos da compensação financeira não são recolhidos nem distribuídos pela Aneel, e sim pela Secretaria do Tesouro Nacional. O Banco do Brasil, após a identificação dos valores a serem distribuídos, efetua os créditos respectivos aos Estados e Municípios e órgãos da administração direta beneficiários.

4. Transferências voluntárias

Além das transferências obrigatórias, previstas em lei ou na própria Constituição, as transferências voluntárias também são importantes instrumentos de *cooperação federativa* para o financiamento de projetos de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos termos do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital, a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS). Elas se destinam a custear obras e serviços específicos, sendo vedada a utilização dos recursos em finalidade diversa da pactuada (art. 25, § 2.º, da LRF).

São exigências legais para a realização de transferências voluntárias, além daquelas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: a) existência de dotação específica; b) observância do disposto no art. 167, X, da CF/1988 (as transferências não podem ser destinadas ao pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista); c) comprovação, por parte do beneficiário, de: c.1) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos; c.2) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; c.3) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal; d) previsão orçamentária de contrapartida (art. 25, § 1.º, da LRF).

4.1. Convênios, contratos de repasse e termos de cooperação

As transferências voluntárias operacionalizam-se mediante convênios, contratos de repasse ou termos de cooperação. Na esfera federal, o Dec. 6.170/2007

dispõe sobre esses instrumentos contratuais e regulamenta os procedimentos para as transferências de recursos.

De acordo com o Dec. 6.170/2007 (art. 1.º, § 1.º), entende-se por *convênio* o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Contrato de repasse, por sua vez, é o instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União. Já o *termo de cooperação* é o instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública, ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza.

A realização de convênios, contratos de repasse e termos de cooperação pressupõe uma fase prévia de *identificação das necessidades e prioridades locais*, paralelamente à *verificação dos programas de governo existentes*. Ultrapassada essa fase, elabora-se plano de trabalho, com projeto básico, contendo a caracterização da obra, instalação ou serviço. Quando o objeto do ajuste envolver a aquisição de bens ou a prestação de serviços, o projeto básico recebe a denominação de "*termo de referência*". Aprovado o projeto básico, a etapa seguinte é a celebração do convênio ou do contrato de repasse.

No ato de celebração do convênio ou contrato de repasse, o concedente deverá empenhar o valor total a ser transferido no exercício financeiro e efetuar, no caso de convênio ou contrato de repasse com vigência plurianual, o registro no SIAFI, em conta contábil específica, dos valores programados para cada exercício subsequente (art. 9.º do Dec. 6.170/2007). Esse registro acarretará a obrigatoriedade de ser consignado crédito nos orçamentos seguintes, para garantir a execução do convênio.

O Poder Executivo deve promover a divulgação, inclusive por meio eletrônico, das informações relativas às prestações de contas dos convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, assegurando a máxima transparência quanto ao emprego dos recursos transferidos. Nesse sentido, foram criados o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv) e o Portal de Convênios do Governo Federal [www.convênios.gov.br], disponibilizando na Internet amplo acesso a essas informações.

4.2. Restrições

A celebração de convênios, contratos de repasse e termos de cooperação pressupõe o cumprimento de diversas exigências por parte dos entes beneficiários, estabelecidas na legislação infraconstitucional. A inobservância dessas exigências implica em restrição à celebração de novos convênios e à realização de repasses.

No âmbito federal, o Cadastro Único de Convênios (CAUC), administrado pela Secretaria do Tesouro Nacional, reúne as informações básicas necessárias à verificação de eventuais óbices para a realização de convênios e instrumentos congêneres. O sistema viabiliza a rápida identificação do cumprimento ou não de exigências estabelecidas pela Constituição, pela LRF, e pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Estados e Municípios com apontamentos de inadimplências no CAUC ficam impossibilitados de celebrar convênios e receberem repasses.

O STF, porém, vem reconhecendo a ocorrência de *conflito federativo* em situações nas quais a União, valendo-se de registros de inadimplências no Cadastro Único de Convênios (CAUC), impossibilita sejam celebrados novos convênios com entidades federais. Considerando que o registro de inadimplência de um ente federado nesse cadastro federal pode sujeitá-lo a efeitos gravosos, com desdobramentos para a transferência de recursos, o STF tem suspenso liminarmente os efeitos das restrições, possibilitando a realização de repasses aos entes prejudicados.³

Apontamentos no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), banco de dados contendo relação das pessoas jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, também ocasiona restrição à efetivação de convênios e repasses. Contudo, o STF também vem entendendo que é cabível a concessão de liminar para afastar o apontamento no Cadin, sob o argumento de que a inviabilidade de formalizar acordos e convênios e receber repasses pode gerar prejuízos ainda mais graves do que a ausência de inscrição no cadastro devedor.⁴ As medidas judiciais, em tais casos, buscam neutralizar a ocorrência de riscos que possam comprometer a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.⁵

3. Cf. AC 2864 MC-REF, Pleno, j. 01.08.2011, el. Min. Cármen Lúcia, DJe 22.08.2011.
4. Nesse sentido: AC 259 MC, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03.12.2004; AC 659 MC, Pleno, j. 12.06.2006, rel. Min. Carlos Britto.
5. Cf. AC 2893 MC, Pleno, j. 22.06.2011, rel. Min. Celso de Mello, DJe 29.03.2012.

5. O financiamento dos serviços de saúde e educação

A Constituição de 1988 elencou a educação e a saúde como direitos sociais (art. 6.º), de caráter fundamental, atribuindo ao Estado o dever de garanti-los.⁶ A forma como esses direitos são garantidos é um dos aspectos mais complexos do federalismo fiscal brasileiro, envolvendo a distribuição de atribuições entre os diferentes níveis de governo (federal, estadual e municipal) e a previsão de fontes de recursos para o financiamento desses direitos fundamentais.

No que tange às fontes de recursos, a Constituição autoriza a vinculação de receitas de impostos para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 167, IV), e prevê despesas mínimas relativas à saúde (art. 198, § 2.º) e à educação (art. 212).

Desse modo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais estabelecidos em lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos (art. 198, § 3.º da CF/1988).

Atualmente, a LC 141/2012 institui: (i) o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde; (ii) percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde; (iii) critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais; (iv) normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Conforme previsão do art. 5.º da LC 141/2012, a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Os Estados e o Distrito Federal, por sua vez, deverão aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos de sua competência, referidos no art. 155 da Constituição (ITCMD, ICMS e IPVA), e dos recursos de que tratam o art. 157 (produto da arrecadação do IRRF sobre rendi-

6. O texto constitucional prevê que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205) e que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

mentos pagos por eles ou por suas autarquias e fundações), e o art. 159, I, a (FPE) e inc. II (transferências relativas à Cide-Combustíveis), deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Os Municípios e o Distrito Federal, por outro lado, deverão aplicar no mínimo 15% da arrecadação dos impostos aludidos no art. 156 da Constituição (IPTU, ITBI e ISS), e dos recursos previstos no art. 158 (produto da arrecadação do IRRF sobre rendimentos pagos por eles ou por suas autarquias e fundações) e 159, I, b (FPM) e § 3.º (transferências relativas à Cide-Combustíveis).

No que tange à educação, o texto constitucional previu a igualdade de condições e garantia de padrão de qualidade (art. 206, I e VII, da CF/1988), a ser observado em âmbito nacional. A busca de igualdade de oportunidades educacionais é, sem dúvidas, um dos grandes desafios do federalismo brasileiro.

Objetivando proporcionar recursos mínimos para a garantia do direito à educação, a Constituição prevê que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212). Conforme já decidiu o STF,⁷ trata-se de limite mínimo, e não máximo, ficando a cargo dos entes federados a definição do patamar da vinculação orçamentária, dentro dos parâmetros constitucionalmente delineados. É possível, portanto, que Estados e Municípios estipulem percentuais superiores a vinte e cinco por cento.

Ressalte-se que a expressão “manutenção e desenvolvimento do ensino” não comporta quaisquer espécies de despesas com finalidade educacional, devendo-se observar as restrições previstas no art. 71 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB).⁸ Além disso, para efeito do cálculo dos montantes a serem aplicados, a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada receita do ente transferidor (art. 212, § 1.º).

7. ADI 2447, Pleno, j. 04.03.2009, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 04.12.2009.

8. “Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com: I – pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; II – subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; III – formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; IV – programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; V – obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; VI – pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.”

Cabe à União assegurar anualmente, em seu orçamento, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas (LDB, art. 55). Os Estados, de outro lado, são incumbidos de definir, conjuntamente com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público (LDB, art. 10, II). Finalmente, compete ao ente municipal manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado respectivo, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (art. 30, VI, da CF/1988), devendo organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados, além de oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino (LDB, art. 11, I e V).

A educação básica pública tem como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação (art. 212, § 5.º, da CF/1988), devendo as cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação ser distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino (art. 212, § 6.º, da CF/1988).

Os Municípios, que devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2.º, da CF/1988), não podem se eximir do dever constitucional de garantir a oferta de creches e pré-escolas (art. 207, IV, da CF/1988). Nesse sentido, o STF⁹ entendeu cabível a imposição de multa cominatória em face de Município, com o objetivo de compeli-lo a implementação do direito fundamental à educação, frisando que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que impõe ao poder público a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso das crianças a creches e unidades de pré-escola. A alegação genérica de insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, na visão do STF, é insuficiente para elidir a garantia desse direito fundamental.

Na mesma linha, o STF também julgou cabível o ajuizamento de ação civil pública, contra um Município, para o fim de compeli-lo a incluir, no seu orçamento, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino, com fundamento nas previsões do art. 212, II, da CF/1988.¹⁰

9. ARE 639337 AgRg, 2.ª T., j. 23.08.2011, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2011. No mesmo sentido: RE 410715 AgRg, 2.ª T., j. 22.11.2005, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

10. RE 190938, 2.ª T., j. 14.03.2006, rel. Min. Carlos Velloso, DJe 22.05.2009.

Mostra-se, portanto, evidente a importância do direito fundamental à educação, assegurado no texto constitucional e reafirmado pela jurisprudência do STF. Com vistas a promover o financiamento desse direito no contexto do federalismo fiscal brasileiro, a Constituição previu a instituição do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

5.1. Fundeb

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb foi instituído pela EC 53/2006, em substituição ao Fundef, e encontra-se regulamentado pela Lei 11.494/2007.

Trata-se de fundo de natureza contábil e âmbito estadual (há um fundo para cada Estado e para o Distrito Federal), e seus recursos são distribuídos periodicamente, por meio de crédito em conta corrente específica de cada Estado ou do Distrito Federal. Essa distribuição leva em consideração o desenvolvimento social e econômico das diferentes regiões do País, sendo realizada com base no número de alunos da educação básica pública, conforme dados do último censo escolar.

Conforme previsão do art. 60, II, do ADCT, e do art. 3.º da Lei 11.494/2007, o Fundeb é composto por 20% das seguintes fontes de recursos: (i) produto da arrecadação do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doações – ITCMD; (ii) produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS; (iii) produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA; (iv) parcela do produto da arrecadação do imposto que a União eventualmente instituir no exercício da competência prevista no art. 154, I, da CF; (v) cota parte de 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente a imóveis situados nos Municípios; (vi) parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI) devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE; (vii) parcela do produto da arrecadação do IR e do IPI devida ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM; (viii) parcela do produto da arrecadação do IPI devida aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados (art. 159, II, da CF/1988). São também computadas as receitas da dívida ativa tributária relativa aos impostos mencionados, bem como juros e multas eventualmente incidentes.

A composição de recursos do Fundeb deverá contar com a complementação da União sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente. Até dez por cento da complementação da União poderá ser distribuída para os fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação.

Os recursos recebidos à conta do Fundeb devem ser aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2.º e 3.º do art. 211 da CF/1988 (art. 60, IV, ADCT).

5.2. SUS e Fundos de Saúde

Conforme previsão do art. 196 da CF/1988, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) participação da comunidade. Vale lembrar, aliás, que o STF reconheceu a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde.¹¹

Os recursos financeiros destinados ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) são controlados por meio de Fundo de Saúde, instituído por lei e mantido em funcionamento pela administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constituindo-se em unidade orçamentária e gestora dos recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde, ressalvados os recursos repassados diretamente às unidades vinculadas ao Ministério da Saúde (art. 14 da LC 141/2012).

Na esfera federal, os recursos da União são repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde, para ulterior aplicação em ações e serviços públicos de saúde. Tais recursos devem ser transferidos aos demais entes da Federação e movimentados, até a sua destinação final, em contas específicas mantidas em instituição financeira oficial federal (art. 12, e art. 13, § 2.º, da LC 141/2012).

O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios deve observar as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, de forma a atender os objetivos do art. 198, § 3.º, II, da CF/1988. O mesmo deve ocorrer em relação aos recursos dos Estados transferidos aos Municípios.

6. O condicionamento da entrega de recursos

Em observância à autonomia financeira dos entes federados, é vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos constitucionalmente atribuídos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 160 da CF/1988). Isto não impede, porém, a União e os Estados de condicionarem a

11. Cf. STA 175 AgRg, Pleno, j. 17.03.2010, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010.

entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias, ou ao cumprimento das exigências de aplicação de percentuais mínimos de recursos em ações e serviços públicos de saúde (art. 198, § 2.º, I II e III), conforme ressalva o parágrafo único do art. 160 da CF/1988.

De fato, o texto constitucional expressamente autoriza o condicionamento de transferências constitucionais à quitação de débitos porventura existentes perante o ente transferidor. O bloqueio, embora seja uma medida dura de coerção indireta, objetiva preservar o equilíbrio federativo e garantir o adimplemento das obrigações contraídas pelos entes federados.

A possibilidade de condicionamento da entrega de recursos tende compelir os entes políticos a uma gestão fiscal responsável. Caso não houvesse restrições ao endividamento, pela interrupção de repasses obrigatórios, o equilíbrio federativo poderia ser ameaçado pela irresponsabilidade fiscal de agentes políticos descompromissados com a estabilidade intergeracional das contas públicas. O bloqueio de transferências visa a assegurar que não haverá novos aportes financeiros enquanto não saldadas dívidas contraídas pelo ente destinatário das transferências.

A jurisprudência do STF é pacífica quanto à possibilidade de condicionamento das transferências constitucionais ao prévio pagamento de débitos do ente beneficiário.¹² Pairam controvérsias, porém, em relação ao alcance do bloqueio (se alcança todo o repasse ou apenas o valor dos débitos) e à possibilidade de utilização dos montantes bloqueados como forma de pagamento.

No que tange à extensão do bloqueio, a União tem sustentado o entendimento de que o condicionamento alcança a totalidade dos valores dos repasses, e não somente o montante dos débitos acumulados pelo ente político. Isto porque a finalidade do condicionamento é compelir o adimplemento, e a maneira mais eficaz de fazê-lo é bloqueando a totalidade dos repasses.¹³

Quanto à possibilidade de os valores retidos serem diretamente apropriados como pagamento, a regra constitucional é clara no sentido de que se trata de condicionamento, e não de adimplemento automático. Todavia, é possível que o próprio ente subnacional autorize contratualmente a retenção de repasses de transferências constitucionais como forma de pagamento de parcelamentos de seus débitos, com a finalidade de assegurar e facilitar o cumprimento das obrigações assumidas.

12. Nesse sentido: MS 24269, Pleno, j. 14.11.2002, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13.12.2002; ADIn 1106, Pleno, j. 05.09.2002, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 13.12.2002.

13. O art. 1.º, § 1.º, da Portaria PGFN. 708, de 17.04.2009, com redação dada pela Portaria PGFN 786, de 24.11.2011, prevê que a retenção "incidirá sobre a totalidade da quota-parte dos Fundos de Participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal em débito com a União".

Cumpra-se destacar, por fim, que a inobservância das exigências de aplicação de percentuais mínimos de recursos em ações e serviços públicos de saúde também autoriza o condicionamento da realização de transferências aos entes federados. Nesse sentido, o Dec. 7.827/2002 (art. 11) estabelece que, em caso de verificação de descumprimento da aplicação dos percentuais mínimos em ações e serviços públicos de saúde e de não aplicação efetiva do montante que deixou de ser aplicado em exercícios anteriores, a União: (i) condicionará o repasse de recursos provenientes das receitas de que tratam o art. 158, II (transferências do produto da arrecadação do ITR), e o art. 159, I, a (FPE) e b (FPM), e inc. II da CF/1988, após processar as retenções, destinações, deduções e bloqueio de seu interesse; (ii) suspenderá as transferências voluntárias.

A verificação da aplicação dos aludidos percentuais mínimos é feita com base no Sistema de Informações Sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS, sistema informatizado de acesso público, gerido pelo Ministério da Saúde, para fins de registro eletrônico centralizado das informações de saúde referentes aos orçamentos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

7. Dimensão federativa dos incentivos fiscais e guerra fiscal

Devido à insuficiência de recursos para fazer frente às despesas públicas, estados e municípios utilizam mecanismos para atrair fontes de receitas. Na maioria das vezes, a estratégia utilizada é a conquista de empresas que irão se estabelecer nas regiões desses entes da Federação; pretende-se que, com isso, impulsionem o investimento nesses locais e, por necessária consequência, estimulem o progresso e o desenvolvimento para a respectiva população.

A fórmula para conquistar o interesse dessas empresas a estabelecerem suas sedes no município ou estado interessado ocorre mediante o oferecimento, pelo ente federado, de incentivos, tais como anistia, isenções tributárias, oferecimento e deferimento de empréstimos a juros baixos, redução de alíquotas de tributos, dentre outros estímulos.

Percebe-se, dessa forma, que num primeiro momento o ente interessado abre mão de recursos públicos para atrair investimentos à sua região, os quais, em tese, resultariam, a médio e longo prazos, em recursos maiores e em melhorias mais significativas à população local.

O problema é quando os diversos entes passam a exercer disputas entre si para atrair essas empresas e os respectivos investimentos. Nessas situações, a batalha entre estados ou entre municípios para o oferecimento de incentivos se assemelha a uma “guerra fiscal”, trazendo, em última análise, consequências nefastas à própria entidade subnacional, à população à qual se pretendia beneficiar, bem como à Federação.

De fato, a permanência de uma guerra fiscal no seio da Federação a afasta de sua finalidade, que é a de dotar o Estado de mecanismos para atingir o bem comum de seu povo. A concessão de incentivos por parte de um determinado ente subnacional contraria essa estrutura, pois acaba por gerar prejuízos aos demais entes que não atuam da mesma forma ou não possuem capacidade suficiente para assim agir, ocasionando externalidades negativas a essas regiões.

O próprio ente subnacional que concede os incentivos fiscais pode ser prejudicado pela prática. É que o custo gerado pelas isenções e reduções de alíquotas às empresas, por exemplo, deverão ser compensadas, por outro lado, com o aumento de tributos em outras atividades.

Além disso, não se pode olvidar que muitos desses contribuintes que financiarão os incentivos concedidos pelo ente federado deles não usufruirão no futuro, ou seja, não serão beneficiados de forma direta pelos investimentos que a empresa que se estabelecerá na região poderá gerar ao restante da população.

O art. 150, § 6.º, da CF/1988, estabelece limites aos entes da Federação no que diz respeito ao seu poder de tributar quando prevê que “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g”.

Os dispositivos mencionados referem-se, justamente, à necessidade de lei complementar para “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” (art. 155, § 2.º, XII, g). Vê-se, portanto, que no âmbito dos impostos estaduais, como é o caso do ICMS, a Constituição previu a necessidade de lei complementar para regular os incentivos fiscais.

A LC 24/1975, recepcionada pela Constituição de 1988, disciplina a concessão de incentivos na esfera do ICMS, tais como: redução da base de cálculo; devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; a concessão de créditos presumidos; quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no ICMS, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus (art. 1.º). Referidos benefícios dependem de convênios a serem celebrados na esfera do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, órgão deliberativo constituído por Secretários de Fazenda, Finanças ou Tributação de cada Estado e do Distrito Federal, bem como pelo Ministro da Fazenda. Os incentivos somente são aprovados mediante decisão unânime dos estados representados.

Não obstante a previsão constitucional, bem como os ditames da legislação complementar, o fato é que muitos Estados ignoram tais disposições, criando benefícios fiscais à revelia de deliberações do Confaz.

Em junho de 2011, ao analisar diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), o STF julgou inconstitucionais as normas estaduais que concediam benefícios a empresas e a setores da economia sem a aprovação do Confaz. Estados como Rio de Janeiro, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, Pará, Paraná e o Distrito Federal viram seus benefícios serem considerados inconstitucionais por não observarem o rito previsto.¹⁴

Apesar das decisões proferidas pelo STF, o risco de guerra fiscal permanece, uma vez que os entes federados permanecem concedendo incentivos, ignorando as previsões normativas e a jurisprudência dos tribunais superiores.

Diante disso, o STF estuda a edição de uma súmula vinculante (Proposta de Súmula Vinculante 69), que teria como finalidade impedir a criação de novas normas que promovam benefícios fiscais, trazendo um disciplinamento seguro e eficaz a respeito da questão, tornando mais difícil o estabelecimento de uma guerra fiscal entre os Estados-membros.

Pretende-se, também, que com o estabelecimento da súmula vinculante, fiquem definidas as responsabilidades dos contribuintes, notadamente as empresas que se viram atraídas pelos incentivos, afastando-se delas quaisquer encargos legais quando atuarem de boa-fé.

Medidas de uniformidade no estabelecimento dos parâmetros do ICMS para todos os Estados e Distrito Federal também passaram a ser implementadas, a exemplo da Res. Senado 13, de 25.04.2012 (em vigor a partir de 01.01.2013), que instituiu a alíquota única de 4% para o ICMS incidente sobre a circulação interestadual de mercadorias importadas, salvo exceções disciplinadas no mesmo diploma e no Convênio ICMS 123, de 07.11.2012. Tal resolução buscou combater uma variação da guerra fiscal, a chamada "guerra dos portos", que ocorria da seguinte forma: os estados reduziam o ICMS interestadual de mercadorias importadas que adentravam o país por intermédio dos seus respectivos portos; o incentivo produzia uma diminuição do produto importado em relação ao preço da mercadoria nacional, estimulando as compras no exterior em detrimento da indústria nacional.

Apesar de a guerra fiscal entre Estados ser a mais comum, principalmente no que diz respeito ao ICMS, ela também subsiste no âmbito dos municípios, cuja competição ocorre por meio do ISSQN.

14. Cf. ADIns 2906, 2376, ~~3664~~, ~~3674~~ e 3413; ADIns 4152; ADIns 3794 e 4457; ADIn 3702; ADIn 1247; ADIns 2688 e 3803; ADIn 2549.

A guerra fiscal entre municípios também provoca desequilíbrio na Federação, uma vez que, ao conceder benefícios fiscais a empresas para se estabelecerem em suas cidades, tais entes adotam posturas que acabam por prejudicar outros municípios e, por vezes, os próprios contribuintes da localidade, que passam a ser os financiadores da "batalha".

A guerra fiscal que se estabelece só não é tão expressiva quanto a dos governos regionais em razão de parcela significativa de municípios não possuir autonomia financeira suficiente sequer para instituir seus próprios tributos. De fato, muitos desses municípios ainda dependem, para se manterem, de recursos oriundos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) ou até mesmo do governo central ou dos estados. Essa dependência impede a possibilidade de oferecimento de incentivos com base no ISSQN e, até mesmo, a competição horizontal com os demais municípios.

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI O. ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
DANIEL DIAS DE CARVALHO

Analistas Editoriais: Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Mauricio Zednik Cassim e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Cintia Mesojedovas Nogueira, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Daniele de Andrade Vintecinco e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lições de direito financeiro / coordenador-geral Regis Fernandes de Oliveira ; coordenadores Estevão Horvath, José Maurício Conti, Fernando Facury Scaff. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-6673-8

1. Direito financeiro 2. Direito financeiro -- Brasil I. Oliveira, Regis Fernandes de. II. Horvath, Estevão. III. Conti, José Maurício. IV. Scaff, Fernando Facury.

15-10694 CDU-34:336(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito financeiro 34:336(81)

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

COORDENADOR-GERAL

ESTEVÃO HORVATH
JOSÉ MAURÍCIO CONTI
FERNANDO FACURY SCAFF

COORDENADORES

LIÇÕES DE DIREITO FINANCEIRO

Alexandre Coutinho da Silveira • Ana Carla Bliacheriene • André de Castro Carvalho
• Andressa Guimarães Torquato Fernandes • Basile Georges Campos Christopoulos
• Celso de Barros Correia Neto • Cesar Augusto Seijas de Andrade • Emerson Cesar da
Silva Gomes • Flávio Rubinstein • Francisco Secaf A. Silveira • Gabriel Loretto Lochagin
• José Augusto Moreira de Carvalho • Licurgo Mourão • L'Inti Ali Miranda Faiad • Luma
Cavaleiro de Macedo Scaff • Matheus Carneiro Assunção • Michel Haber • Omar Teodoro
Silva Neto • Ricardo Ezequiel Torres • Ricart César Coelho • Roberto Mercado Lebrão
• Rodrigo Panizza Siqueira • Sérgio Assoni Filho

AUTORES

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**