

**A matéria constitucional a ser decidida no Recurso Extraordinário com repercussão geral n. 705.423: reflexões relativamente ao embate federativo resultante da concessão de benefícios fiscais e a conseqüente redução da repartição de receitas tributárias**

João Paulo Fanucchi de Almeida Melo<sup>1</sup>

**Resumo**

O presente trabalho tem como objetivo analisar questão controvertida levada aos tribunais brasileiros, inclusive ao Supremo Tribunal Federal, concernente à (im)possibilidade de ente federado com competência tributária ativa conceder benefício fiscal de tributo, sem que, com isso, proporcione prejuízo a outro ente federado contemplado, por mandamento constitucional, pela repartição/divisão da arrecadação.

**Introdução**

Nos últimos pode-se notar que, cada vez mais, os entes federados estão concedendo benefícios fiscais. É possível detectar que os benefícios fiscais são concedidos com fundamento na extrafiscalidade.

Ocorre que, embora fundados num discurso extrafiscal, os benefícios fiscais nem sempre são concedidos para atender finalidades de ordem constitucional. Na verdade, no campo empírico, é possível notar que benefícios fiscais estão sendo usados como arma para fins de realização de guerra fiscal.

O Sistema Tributário Nacional delineado no texto constitucional atribui, expressamente, competência tributária ativa aos entes federados, bem como faz prever regras de repartição de receitas tributárias.

Na hipótese de concessão de benefício fiscal utilizando-se tributo que não é objeto de repartição de receita, o contexto a ser analisado se restringe à legalidade do ato e respeito ao pacto federativo.

Todavia, a situação fica mais ampla quando o benefício fiscal concedido atinge tributo cuja arrecadação é, por força constitucional, objeto de partilha entre entes federados. Os entes

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela PUC/Minas. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Milton Campos. Professor da Pós-Graduação (IEC-PUC/Minas) e Graduação da PUC/Minas. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/MG. Diretor Departamental e Associado Efetivo do IAMG. Associado da ABRADT e do IEFI. Conselheiro do Conselho de Assuntos Jurídicos da ACMinas. Advogado.

federados contemplados com repartição de receitas tributárias se insurgem contra os benefícios fiscais concedidos pelo ente federativo detentor de competência tributária ativa. Sustentam, neste sentido, que sua autonomia financeira é substancialmente atingida, na medida em que a diminuição da arrecadação não decorre de sua participação ou anuência.

Exsurge, daí, importante tema-problema a ser analisado: nos tributos sujeitos à repartição de receita tributária, o ente federado detentor de competência tributária ativa poderá conceder benefício fiscal, independentemente de prévia anuência dos entes federados contemplados pelos repasses? Ou, em sentido contrário, o detentor de competência tributária ativa poderá conceder benefício fiscal, todavia, garantindo que o ente federado contemplado constitucionalmente com a repartição de receitas tributárias não experimente qualquer prejuízo financeiro?

Para buscar respostas às perguntas acima, pretende-se desenvolver sobre: (i) a técnica de competência tributária ativa e o instituto de repartição de receita tributária previstos no texto constitucional; (ii) os precedentes da matéria nos tribunais brasileiros, com destaque na Corte Constitucional.

Desenvolvidos os dois pontos acima, será proposta interpretação do texto constitucional, o que, por conseguinte, viabilizará formação de opinião sobre o tema.

Traçadas as premissas do trabalho, passa-se a expor.

## **1. Competência tributária ativa e as regras de repartição de receita tributária no texto constitucional vigente**

A Constituição da República de 1988 instituiu e organizou um sistema federativo que distribui as mais diversas funções, competências e atribuições aos entes federados. Trata-se, na verdade, de partilha de competências (material e legislativa) prevista no texto constitucional em que os entes federados, no exercício de sua autonomia (política, financeira e administrativa), têm como meta primordial alcançar o bem comum<sup>2</sup>.

Assim, para que os fins estipulados pelo texto constitucional sejam alcançados de acordo com a partilha de funções, competências e atribuições dos entes federados, torna-se indispensável a existência de recursos disponíveis para tanto. Os fins estatais não são alcançados sem a arrecadação. Somente com o manejo de amplos recursos financeiros é que tudo o que está previsto no texto constitucional poderá ser efetivado.

---

<sup>2</sup> O bem comum pode ser identificado a partir dos seguintes atos estatais: (i) poder de polícia; (ii) prestação de serviços públicos e (iii) atuação e intervenção na atividade econômica.

A respeito da autonomia financeira dos entes federativos, José Maurício Conti assinala sua importância para a sobrevivência do federalismo:

A autonomia financeira é de fundamental importância. Não é exagero dizer ser ela quem garante a sobrevivência da federação. Sem recursos para se manter, as entidades federadas estão fadadas ao fracasso. Não poderão exercer as funções que lhes competem, e passarão a depender do poder central para financiar suas atividades, circunstância que aniquila todo e qualquer poder autônomo que se lhes atribua.<sup>3</sup>

Daí, a importância da atividade financeira: por meio da arrecadação, boa gestão e aplicação dos recursos – com economicidade<sup>4</sup> – será possível proporcionar o bem comum.

No paradigma brasileiro a principal fonte de arrecadação ou receita<sup>5</sup> são os tributos. Não se pode olvidar a preponderância dos tributos para que o Estado se mantenha e invista com o fito de buscar incansavelmente o melhor para o seu povo.

Ainda que a arrecadação tributária seja indispensável, o seu exercício não poderá ser realizado sem balizamentos.

Nesse espeque, na concepção moderna, o exercício da tributação precisa observar as limitações ao poder de tributar. As limitações são previstas nos campos constitucional e infraconstitucional.

Entende-se que as limitações ao poder de tributar podem ser visualizadas em três grandes grupos: (i) a competência tributária; (ii) observância aos princípios tributários; (iii) respeito às imunidades tributárias estipuladas pelo texto constitucional vigente.

Assim, para que a tributação seja legítima, é indispensável que todos os três grupos acima sejam concomitantemente respeitados. A inobservância de um ou mais requisitos pode levar à ilegalidade da exação tributária. Portanto, a tributação pode ser exercida pelo ente federado contemplado por aptidão constitucional desde que respeitados todos os princípios e regras de imunidades tributárias.<sup>6 7</sup>

---

<sup>3</sup> CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 14

<sup>4</sup> Trata-se o alcance dos melhores resultados pretendidos com o menor dispêndio financeiro.

<sup>5</sup> Existem várias outras fontes de receitas. Todavia, em números de arrecadação, a principal fonte de receita é a dos tributos.

<sup>6</sup> Até mesmo para fins de delimitação do trabalho, os princípios e imunidades tributárias não serão objeto do presente estudo.

<sup>7</sup> A propósito, sobre o tema, merece menção ensinamentos de Onofre Alves Batista Júnior: “No Estado Distribuidor, as finanças baseiam-se no tributo, cobrado com fundamento na justiça distributiva e no princípio da capacidade contributiva. O poder de imposição tributária do Estado não se justifica pela mera existência do Estado ou por suas necessidades financeiras, mas pela concepção de um Estado capitalista, Tributário e Distribuidor, social em seu desiderato, orientado para o bem comum, que deve propiciar justiça social.” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Por que a Guerra fiscal? Os desafios do Estado na modernidade líquida**. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, jan./jun. 2011, pp. 305 a 341, p. 314).

Segundo Luciano Amaro<sup>8</sup>, a Constituição prestigia dois sistemas de receitas tributárias: (i) partilha de competências e (ii) partilha do produto da arrecadação.

No que se refere à partilha de competências, o autor ensina que se trata de verdadeira aptidão constitucional dos entes federados para criar tributos. O texto constitucional, que traz as diferentes espécies tributárias, estipula a possibilidade de os entes federados exercerem a aptidão da tributação de cada uma delas. Noutros termos, é o texto constitucional que indica expressamente qual ou quais entes federados poderão exercer concorrente, privativa ou residualmente a competência para instituir tributos<sup>9</sup>.

A segunda sistemática, que se refere à partilha do produto da arrecadação, indica que os recursos obtidos pela exação tributária não serão destinados exclusivamente àquele ente federado que exerce a competência tributária ativa. Isso significa que a arrecadação obtida por determinado ente federado, que possui competência tributária ativa, deverá ser partilhada com outros entes federados, em decorrência de mandamento constitucional. Trata-se da técnica de repartição de receitas tributárias, positivada na Seção VI, do Capítulo I, do Título VI, que se refere, respectivamente, à Tributação e Orçamento e ao Sistema Tributário Nacional.

Nessa linha expositiva, nos artigos 157 a 159 da CRFB existem várias regras determinando a divisão de produtos de arrecadação entre entes federados com competência tributária ativa e outros contemplados por previsão constitucional. Basicamente, pode-se apontar que impostos federais tem o produto da arrecadação dividido entre a União, que detém a competência tributária ativa, e os Estados, Distrito Federal e Municípios; impostos estaduais tem o produto da arrecadação dividido entre Estados e Distrito Federal, que possuem a competência tributária ativa, e os Municípios.

Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>10</sup>, ao analisar a repartição de receitas tributárias, assevera que

“existem duas formas de participação de uma pessoa política no produto da arrecadação de outra: a direta e a indireta. A forma direta impõe uma relação simples. Exemplo: os municípios fazem jus a 25% do ICMS do estado arrecadado em seus territórios. A forma indireta põe uma relação complexa: são formados fundos aos quais afluem parcelas de receitas de dados impostos. Depois, são rateados entre partícipes beneficiários segundo critérios legais preestabelecidos.”

---

<sup>8</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 115 e ss.

<sup>9</sup> A *competência comum* é aquela em todos os entes federados poderão instituir determinados tributos. Por exemplo: taxas e contribuição de melhoria. *Competência privativa* se refere à exclusividade do ente político para instituir determinado tributo. Por exemplo: somente a União pode instituir o Imposto de Renda. A *competência residual* é aquela destinada à União, em que se permite a criação de impostos cuja incidência recairá sobre outros fatos que exteriorizam riqueza, não previstos no texto constitucional.

<sup>10</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pg. 407 e ss.

Não se pode olvidar que se está diante de sistema complexo. Isso porque, de um lado, o texto constitucional impõe aos entes federados atribuições e funções de toda ordem a serem efetivadas; de outro, a indispensabilidade de obtenção de recursos financeiros para que os fins constitucionais sejam alcançados.

Os Estados e, principalmente, os Municípios são financeiramente desprestigiados numa comparação com a União. A Constituição os preteriu. Por esta razão, pode-se afirmar que, no que diz respeito à concentração de poder, o Brasil adota um “federalismo centrípeto”, no qual há um fortalecimento excessivo do poder central, envolvendo grande distribuição de competência material e tributária em torno da União. De fato, os gestores públicos estaduais e municipais precisam de grande criatividade e eficiência para efetivar tudo aquilo que a Constituição lhes determina. E mais, necessitam se articular politicamente para conseguir atrair os interesses do plano federal, de modo a promover a execução de investimento regional ou local.

Mas não é só isso. A Constituição, em vez de optar pela distribuição mais justa da competência tributária, proporcional à incumbência predeterminada aos Estados e Municípios, cria sistemática de atribuição de competência tributária ativa a um ente federado e divisão do produto da arrecadação com outros entes políticos.

São alguns dos problemas do federalismo brasileiro, que precisa ser repensado.

Numa análise perfunctória, a sistemática de repartição de receitas tributárias não deveria ensejar controvérsia. Isso porque, a partir de mandamento constitucional, a exação tributária é exercida por ente federado e, tudo aquilo que for arrecado, deverá ser objetivamente partilhado com os demais entes federados, em percentuais previamente indicados pela própria CRFB. Logo, a questão matemática seria simplista: o produto da arrecadação deve ser dividido entre os entes federados de acordo com os percentuais previstos na CRFB.

Pois bem. A questão que seria, numa primeira análise, simplista, não o é quando vem à tona questão relativa a benefícios fiscais concedidos pelo ente federado que detém competência tributária ativa. Afinal, a concessão de benefícios fiscais pelo ente federado competente enseja diminuição da arrecadação e, por conseguinte, a expectativa de partilha de receitas dos entes federados constitucionalmente contemplados pelas regras de repartição não é alcançada. E, muitas vezes, a concessão de benefícios fiscais está intimamente ligada à guerra fiscal travada entre Estados-Membros, devido à fluidez do capital, como adverte Onofre Batista Alves Júnior:

Os Estados-Membros do Brasil, com o objetivo de atrair empresas e investimentos para seus territórios, vem concedendo benefícios fiscais e praticando sistemática renúncia de receitas. As empresas, guiadas pelo desiderato de lucro majorado, caminham, em um verdadeiro “jogo de quem dá mais”, para o Estado-Membro que oferece melhores possibilidades de lucro. A guerra entre Estados-Membros, assim, é apenas uma versão

interna da mesma guerra que ocorre entre Estados nacionais no cenário macro. O fenômeno é o mesmo e os efeitos danosos também.

Na “modernidade líquida”, a guerra fiscal é decorrência da fluidez do capital migrante e sintoma da ruptura do pacto social produzido pelo Estado Tributário Distribuidor. Na realidade, a chamada “guerra fiscal” revela uma espécie de captura da esfera governamental pelo capital. Em Estados em desenvolvimento, o fenômeno pode vir agravado pela fraqueza do pacto federativo e pela eventual tendência (histórica) centrípeta de um federalismo frágil de predomínio da União.<sup>11</sup>

Daí porque exsurge o questionamento: o direito à repartição de receitas tributárias é absoluto, de modo que a concessão de benefício fiscal pelo ente federado competente não pode abalar a parcela constitucionalmente garantida ao ente federado contemplado?

Esse é o questionamento que é levado ao Poder Judiciário nos últimos anos, cuja resposta será doravante perseguida.

## 2. A matéria no Poder Judiciário

A questão em análise começou a ser discutida no âmbito judicial a partir do início da década passada.

O Estado de Santa Catarina, com objetivo de competir com estados vizinhos, visando incentivar instalação de empresas no seu território, criar novos postos de trabalho e mirando o bem-estar social, criou o PRODEC (Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense). Dentre outros pontos, o PRODEC tinha como objetivo postergar o pagamento do ICMS num prazo entre 48 (quarenta e oito) e 60 (sessenta) meses. Assim, os contribuintes de ICMS recolheriam imediatamente apenas 25% do ICMS devido e o restante maior (75%) seria destinado ao Estado após 04 (quatro) ou 05 (cinco) anos.

Alguns municípios catarinenses<sup>12</sup> se sentiram lesados com o referido Programa, por entender que seriam prejudicados na repartição e repasse constitucional do ICMS. Isso porque, em vez de 25% de tudo que poderiam auferir a título de ICMS, passaram a receber 6,25%.

Diante desse contexto, os municípios passaram a se insurgir contra o Estado de Santa Catarina e provocaram o Poder Judiciário. Os pleiteantes sustentaram que o Estado não pode interferir na autonomia financeira dos municípios. Logo, aduziram que, se o Estado tivesse interesse em conceder benefício fiscal, que o fizesse relativamente à parcela que lhe é de direito, e não no percentual de 25% pertencente, por força constitucional, aos municípios.

---

<sup>11</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Por que a Guerra fiscal? Os desafios do Estado na modernidade líquida.** In Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, jan./jun. 2011, pp. 305 a 341, p. 336-337

<sup>12</sup> Alguns casos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a título de ilustração: 2005.040075-5 (Município Guatambu); 2012.068727-0 (Município de Capão Alto) e 2011.092037-3 (Município do Rio de Oeste).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), em inúmeros precedentes, acolheu o pedido formulado pelos municípios. Restou decidido que o benefício fiscal concedido pelo Estado não poderia afetar a parcela municipal de ICMS, sob pena de aniquilar qualquer possibilidade de atender as urgências e necessidade locais.

O Estado de Santa Catarina, não se conformando com a decisão do TJSC, levou à matéria ao Supremo Tribunal Federal. O processo paradigmático da matéria é o Recurso Extraordinário (RE) n. 572.769-9, que teve como partes o Estado de Santa Catarina, como recorrente, e o Município de Timbó, como recorrido. O Relator do caso foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

Naquela oportunidade, de forma unânime, o STF negou provimento ao recurso, trazendo os seguintes fundamentos: (i) deve-se preservar o princípio da autonomia dos entes federados, a partir do federalismo cooperativo, posto que, sem autonomia financeira, a autonomia será apenas nominal ou virtual; (ii) o Min. Relator identificou, de forma muito atenta, que, em verdade, não acontecia a postergação do pagamento do ICMS, mas que o produto da arrecadação era repassado ao FADESC (Fundo de Apoio ao Desenvolvimento da Empresa Catarinense). Noutros termos, ocorria a arrecadação, mas parte do ICMS (75%) era retida e redirecionada, inclusive a parte pertencente aos Municípios; (iii) embora a arrecadação seja do Estado, ocorre a integração de direito ao patrimônio do Município; (iv) por fim, a criação do PRODEC não passou pelo crivo do CONFAZ, o que conduz à total inconstitucionalidade do ato, por violar o disposto no art. 155, parágrafo segundo, “g”, da CRFB.

A partir desse precedente vários processos foram distribuídos em todo o País. O STF manifestou em outras oportunidades.

No ano de 2009, o Min. Gilmar Mendes deferiu liminar<sup>13</sup> no processo em que litigavam a União e o Município de Satuba.

Segundo o relatório da decisão, a União Federal, ao conceder benefícios fiscais, fez com que ocorresse a redução da arrecadação tributária. Logo, teria ocorrido a diminuição de repasse aos Fundos de Participação. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região teria concedido liminar em favor do Município, determinando que não fossem realizados descontos, citando, como precedente, o RE 572.769-9.

Naquela oportunidade, o Min. Gilmar Mendes apontou que o caso em questão era diferente do precedente citado e, ao final, determinou a suspensão da tutela antecipada. Na sua fundamentação, o Ministro assinalou que no RE 572.769-9 houve a arrecadação tributária, mas o

---

<sup>13</sup> Vide Suspensão de Tutela Antecipada n. 350.

valor não teria sido repassado aos municípios; em contrapartida, no caso por ele julgado não teria ocorrido arrecadação tributária e retenção. Por conseguinte, o Ministro concedeu a liminar, principalmente porque a decisão poderia impactar sobremaneira na execução orçamentária da União, tendo em vista que, além de deixar de arrecadar, teria que despender valores em favor dos Municípios, o que geraria grande prejuízo aos cofres públicos.

No ano de 2012, a Min. Carmen Lúcia julgou os RE's 695.421 e 664.305. Em decisão monocrática, a Ministra fundamentou que a autonomia financeira dos municípios deveria prevalecer.

Em 2013, o atual Presidente da Corte, Ministro Joaquim Barbosa, decidiu a Suspensão de Liminar n. 707. Citando como precedente a Suspensão de Liminar n. 795, o Ministro manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás e não acolheu o pleito do Estado de Goiás. O Presidente determinou o repasse da cota de participação dos municípios sem quaisquer deduções decorrentes de benefícios fiscais concedidos. Além dos fundamentos de ordem processual, o Presidente negou o pleito sob o fundamento de que o benefício fiscal teria sido concedido à revelia da aprovação do CONFAZ.

A matéria é relevante e o Supremo a analisará em sede de repercussão geral no RE n. 705.423. O Relator é o Min. Ricardo Lewandowski.

### **3. Análise do tema-problema**

A questão jurídica proposta no presente trabalho é de extrema relevância, até mesmo porque o STF, que já analisou em algumas oportunidades a matéria, julgará o tema em sede de repercussão geral no RE n. 705.423.

Registra-se que o federalismo brasileiro não alcança o resultado ideal desejado. Em vez de autonomia dos Estados e dos Municípios, o que se identifica é verdadeira centralização junto à União. Existe, inclusive, centralização financeira, sendo nitidamente desproporcional a partilha arrecadatória, numa análise comparativa entre os entes federados. O federalismo brasileiro precisa ser repensado.

Todavia, não obstante a crítica, imperioso registrar que a análise jurídica aqui proposta é realizada à luz do atual federalismo brasileiro; a resposta à questão levantada será buscada de acordo com o direito tal como positivado.

Deve-se buscar interpretação do texto constitucional com unidade, justeza e conformidade.

O choque entre normas constitucionais somente poderá ocorrer no caso concreto. Daí a necessidade de se utilizar os postulados da proporcionalidade e razoabilidade para verificar qual norma prevalece com mais intensidade no caso específico.

Portanto, deve-se ter em mente que as normas constitucionais não são antagônicas; pelo contrário, elas se complementam. É a partir do entrecruzamento dos dispositivos constitucionais que se alcança a norma de conduta a ser observada. Trata-se de um dos postulados normativos mais importante: o princípio da unidade da Constituição.

Pois bem. De um lado, existe o discurso importante da autonomia, especialmente a autonomia financeira dos entes federados. Com destaque, os Estados e Municípios, ao editar suas leis orçamentárias, criam, ainda que sob o manto da reserva do possível, verdadeiras expectativas financeiras. É com base nas mencionadas expectativas financeiras que os entes federados traçam, especialmente nas leis orçamentárias anuais, a manutenção e os investimentos a serem efetivados no ano seguinte. Por evidente, os entes federativos contam com as receitas oriundas da técnica de repartição de receita tributária.

Logo, quando o ente federado titular de competência tributária ativa concede benefício fiscal, inevitavelmente a arrecadação diminui e, por conseguinte, a repartição do seu produto. Sendo assim, o orçamento precisa ser revisto, até mesmo em respeito ao equilíbrio orçamentário, e nem tudo aquilo que foi traçado nas leis orçamentárias será alcançado<sup>14</sup>.

De outro lado, a competência tributária ativa é estipulada pelo texto constitucional. Tem-se que o ente federado possui liberdade para agir, até mesmo porque a competência tributária ativa possui como características a indelegabilidade e a irrenunciabilidade. Portanto, o exercício da tributação será realizado, dentro dos balizamentos impostos pelas limitações ao poder de tributar, pelo ente federado detentor de competência tributária ativa.

Concorrem com os dispositivos legais que atribuem competência tributária ativa<sup>15</sup> os artigos 157 a 159 da CRFB. É que os referidos artigos determinam técnica de repartição de receita tributária ativa, i.e., impõem a necessidade de os entes federados com competência tributária ativa dividirem o **produto da arrecadação** com outros entes federados, em situações expressamente elencadas (rol taxativo).

Nesse diapasão, numa proposta de interpretação do texto constitucional com unidade, justiça e conformidade, torna-se necessário formular a norma jurídica a partir do entrecruzamento de dispositivos constitucionais. Noutros termos, para o tema em análise, torna-se necessário, de

---

<sup>14</sup> A concessão de benefícios fiscais pela União fomenta a guerra fiscal entre estados e municípios. Isso porque a perda da arrecadação de receitas tributárias objeto de repartição faz com que os entes federados busquem alternativas para não diminuir os seus recursos financeiros.

<sup>15</sup> A título de ilustração: arts. 145, 148, 149, 149-A, 153, 155, 156, 177 e 195 da CRFB.

início, conjugar os dispositivos que tratam da competência tributária ativa e os que dispõem da repartição da receita tributária.

Pegue-se, por exemplo, o Imposto sobre propriedade de veículos automotores - IPVA. A competência tributária ativa dos Estados e Distrito Federal está prevista no art. 155, III, da CRFB, enquanto a regra da repartição de receita tributária está disciplinada no art. 158, III, da CRFB. Conjugando os dois dispositivos, numa interpretação com unidade, justeza e conformidade do texto constitucional, pode-se concluir que a norma jurídica a ser formulada seria: compete aos Estados e Distrito Federal instituir o IPVA e repassar 50% do **produto da arrecadação** ao município em que ocorreu o licenciamento de veículos automotores.

Ora, o texto constitucional é muito claro ao dispor que somente será repassado o **produto da arrecadação**. Logo, para se ter produto da arrecadação, torna-se indispensável a entrada ou obtenção de recursos. Portanto, não basta a mera expectativa; é indispensável a efetiva arrecadação.

Nesse contexto, entende-se que não há dúvidas que, ocorrendo a arrecadação pelo Estado, o repasse de 50% do produto é, por força constitucional, medida imperativa. A retenção, postergação, condição, repasse a terceiros etc. do produto da arrecadação é inconstitucional.

Daí porque o STF julgou corretamente o RE 572.769-9. Conforme constatado pelo Min. Lewandowski, o Estado de Santa Catarina arrecadou e repassou parte do produto ao FADESC, ao invés de direcionar a devida parcela aos Municípios, violando, pois, o texto constitucional.

Entretanto, a situação muda totalmente de figura quando existe a concessão de benefício fiscal e, por conseguinte, não ocorre a arrecadação tributária total ou parcial. Com o benefício fiscal, haverá a redução ou extinção da arrecadação, motivo pelo qual o produto da arrecadação será diferenciado (menor ou inexistente). Neste caso, se não houve arrecadação, não existe produto a ser repartido; se houve arrecadação, somente o seu produto (e não expectativa ou potencialidade) poderá ser repartido.

Não se pode olvidar que, nos dias atuais, os tributos passaram a ser importante instrumento de política extrafiscal. Assim, visando alcançar objetivos de ordem constitucional, a redução ou aumento da carga tributária poderá induzir, conforme o caso, condutas positivas ou negativas do contribuinte.

Com efeito, nos últimos anos o País tem experimentado série de políticas extrafiscais, como, por exemplo: (i) redução da carga tributária nos automóveis, sob o discurso de incentivar o setor automobilístico e evitar a extinção de empregos; (ii) aumento da carga tributária dos automóveis estrangeiros, tendo como objetivo preservar o mercado nacional; (iii) desoneração do

IPI incidente sobre a linha branca; (iv) desoneração de contribuições incidentes sobre a folha de salários, especialmente com o fito de incentivar, dentre outras, as áreas de tecnologia e informática.

A expectativa é que a extrafiscalidade seja levada a sério pelos entes federados. Então, deve-se presumir que os entes federados com competência tributária ativa pretendem acertar com as suas ações. Logo, a ação extrafiscal com resultado positivo atenderá as expectativas não só do ente federado detentor constitucional de competência tributária ativa, mas também do ente federado contemplado com a repartição de receita tributária.

Imagine-se, agora, por exemplo, a questão do IPI. Quando a União concede benefícios fiscais na linha automotiva, a expectativa é fomentar o setor do mercado e, principalmente, preservar os empregos. As consequências dessa ação extrafiscal atenderá somente a expectativa da União? A resposta é negativa. As demais pessoas políticas também serão beneficiadas. Logo, é justo que eles compartilhem os ônus proporcionalmente no que se refere à redução de percepção de receita, apostando, conjuntamente, que os resultados positivos poderão ser alcançados.

Não se pode esquecer, em contrapartida, que a ação extrafiscal que vier a aumentar o IPI para desestimular conduta do contribuinte pode ensejar o aumento do produto da arrecadação. Por conseguinte, os estados e os municípios participarão do produto da arrecadação majorado.

Todavia, a situação muda de contexto quando a desoneração tributária é feita de forma ilegal. É o que acontece constantemente quando os Estados-Membros concedem benefícios fiscais de ICMS sem prévia e indispensável autorização do CONFAZ, dando azo à guerra fiscal. Nesse caso, os municípios não podem ser prejudicados em decorrência de ato ilegal praticado pelos estados. A propósito, aqui pode surgir importante instrumento para combater a malfadada guerra fiscal.

Nesse espeque, entende-se que os entes federados titulares de competência tributária ativa, no exercício da extrafiscalidade, de forma **séria e dentro da legalidade**<sup>16</sup>, não podem ser obrigados a garantir a integralidade das parcelas arrecadatórias aos entes federados contemplados pela técnica de repartição de receita tributária. Até mesmo porque, conforme trazido acima, o que deve ser repassado é o produto, e não a expectativa de arrecadação.

---

<sup>16</sup> Isso significa que o Poder Judiciário, caso provocado, analise questões inerentes a benefícios fiscais, i.e., se o discurso extrafiscal é sério (e não meramente político) e, principalmente, a legalidade do ato.

## Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Por que a Guerra fiscal? Os desafios do Estado na modernidade líquida**. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, jan./jun. 2011, pp. 305 a 341, p. 314)

CALDAS FURTADO, J.R.. **Elementos de Direito Financeiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONTI, José Maurício. **Federalismo Fiscal e Fundos de Participação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.