

**A PROBLEMÁTICA DA REPARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS COM OS
MUNICÍPIOS: uma análise a partir do federalismo fiscal cooperativo**
**THE PROBLEM OF REVENUE ICMS DIRECTED TO MUNICIPALITIES: an
analysis from the cooperative fiscal federalism**

Maria Raquel Firmino Ramos¹

RESUMO

O presente trabalho pretendeu analisar o tema da repartição da receita tributária do ICMS na atual conjuntura brasileira. Para isso, buscou-se compreender, através da origem do sistema federalista, como ocorreu a distribuição de competências tributárias na Constituição Federal de 1988 a partir do espírito cooperativo. A controvérsia do tema surgiu porque os Estados-membros concedem isenções unilaterais aos contribuintes do ICMS, gerando elevado impacto nas finanças municipais, porquanto, em sua maioria, dependem do repasse da cota-parte da receita do referido imposto que lhes é reservado constitucionalmente (25% da receita arrecadada). Ademais, aponta-se as tentativas jurisprudenciais de resolver a controvérsia ainda não são pacíficas, inclusive citando a mais nova proposta de Súmula Vinculante que visa acabar com a Guerra Fiscal. Assim, utilizou-se do *leading case* (RE 572.762/SC), contrastando-o com outros posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema. Para tanto, utilizou-se dos métodos indiretos através da pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legal e doutrinária. Por fim, pretendeu-se averiguar se existe a necessidade de uma maior participação da União frente aos demais entes federativos brasileiros, a fim de promover uma política de desenvolvimento nacional capaz de extinguir o cenário de competitividade, promovendo o fortalecimento do Estado Federal a partir do federalismo fiscal cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS; Partilha de Receitas Tributárias; Autonomia Financeira Municipal; Guerra Fiscal; Federalismo Fiscal Cooperativo.

ABSTRACT

This paper discusses the issue of allocation of tax revenues of ICMS at the current Brazilian situation. For this, we sought to understand, through the origin of the federalist system, such as distribution of tax powers in the Constitution of 1988 occurred, through the cooperative ideal. The controversy of the subject arose because the federated States grant exemptions to taxpayers unilateral ICMS tax in the context of fiscal war, generating high impact on municipal finances, since, in most cases, depend on the transfer of the share of the income of that tax to them is constitutionally reserved (25% of revenues). From this analysis, it was noticed that the jurisprudential attempts to resolve the dispute are not peaceful, inclusive citing the newest Binding Precedent of the STF proposal aimed at ending the War Tax. Thus, we used the leading case (RE 572.762/SC), contrasting it with other jurisprudential and doctrinal positions on the topic. To do so, the indirect methods are used by bibliographic, judicial, legal and doctrinal research. Finally, there was the need for greater participation of the Federal Union compared to other Brazilian federal entities in order to promote national development policy able to extinguish the competitive scenario, promoting the strengthening of the Federal State by Cooperative Fiscal Federalism.

KEYWORDS: ICMS; Distribution of Income Tax; Municipal Financial Autonomy; Fiscal War; Cooperative Fiscal Federalism.

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL; pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET; Bolsista Capes-CNPQ. Advogada.

1.INTRODUÇÃO

Não é recente que o debate sobre o federalismo brasileiro está na pauta da academia. Isso porque, esse modelo de estado acarreta implicações em todas as esferas sociais (políticas, administrativas, governamentais). Uma das áreas com maiores implicações é sem dúvidas a financeira. Desta, a atividade tributária se destaca, por causa de sua importância no funcionamento estatal, já que angaria a maior fonte de recursos para os cofres públicos. Nessa área, a CRFB dispôs sobre a repartição de poderes tributários a fim de garantir, através da instituição de tributos, que cada da federação alcance a autonomia financeira.

Não obstante essa repartição de competências tributárias serem delimitadas na Carta Magna, nem todos os entes federados conseguem por meio da instituição dos seus tributos atingirem a autonomia financeira. Isso é devido, sobretudo, pelas características de federalismo assimétrico presentes no Estado Brasileiro, uma vez que, há muitas disparidades socioeconômicas entre os entes e entre as regiões. Com o intuito de sanar essas assimetrias, o constituinte originário adotou o federalismo cooperativo, estabelecendo um sistema de repartição de receitas tributárias para que os entes mais centrais cooperem com os mais descentralizados.

Nesse contexto, o ente municipal aparece como o mais prejudicado, porquanto, sendo o ente mais descentralizado e o mais numeroso, depende quase que exclusivamente de repasses de percentuais de tributos estaduais ou federais para proverem seus cofres. Conseqüentemente, a falta de recursos no Município prejudica diretamente as atividades públicas essenciais.

Dessa forma, o importante papel da municipalidade fica comprometido por que, não obstante, ter sido erigido a ente federal não consegue atingir o preceito básico para ser considerado como tal, qual seja: a autonomia financeira.

Por isso, o objetivo do presente trabalho se propõe a analisar a problemática do repasse da cota-parte do ICMS aos Municípios no contexto da Guerra Fiscal. Para tanto, parte-se da análise crítica do *decisum* do STF no RE 572.762/SC quanto à sua possibilidade jurídica, apontando a decisão divergente do TRF da 5ª Região, na tentativa de, além de alcançar as soluções juridicamente adequadas, buscar-se-á destacar as dificuldades presentes na efetividade do federalismo fiscal cooperativo brasileiro, o qual ganhou tamanha notoriedade na atual Carta Magna. Além disso, pretende investigar as implicações dessas dificuldades para o funcionamento do Estado Federal e, conseqüentemente, a efetividade do *Welfare State*.

Por conseguinte, o tema denota extrema relevância, por se tratar de problema contingencial marcado por divergências nos tribunais. Além disso, visa não só apontar as

possíveis falhas na solução içada pelo STF no RE susomencionado, como também demonstrar que o problema apenas indica um aspecto da prejudicada efetividade do intento constitucional da Carta de 1988 de cooperação entre entes políticos brasileiros, a fim de desenvolver o Estado Federal por inteiro.

Ademais, os institutos jurídicos envolvidos estão permeados de princípios basilares que calçam o Estado de Direito no Brasil, haja vista, um estado federal forte garante autonomia aos entes pactuados. Entes autônomos, podem executar os programas da Constituição Dirigente (CANOTILHO, 1995), oferecendo à sua população os serviços públicos essenciais garantidos (pelo menos formalmente) pelo *Welfare State*.

Percebe-se, por tudo isso, que a importância do tema é sobretudo oportuna, haja vista intenta realizar um apanhado histórico dos institutos envolvidos na querela, como é o caso do modelo federalista de estado, para, a partir da análise teórica dos institutos, firmar um estudo crítico relativo às soluções ou tentativas de solucionar a pendenga da repartição do ICMS com os Municípios. Pretende-se, ainda, destacar o intuito constitucional do federalismo fiscal cooperativo como premissa básica para alcançar as prerrogativas sociais da constituição democrática brasileira ou, conforme Ulysses Guimarães, da Constituição Cidadã.

2. O FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO COMO GARANTIA PARA EQUILIBRAR AS RIQUEZAS ENTRE OS ENTES

Sabe-se, que o fim precípua do Estado é garantir o bem comum. E para tanto, o modelo estatal escolhido pelo poder soberano, o povo, deve ser o mais eficiente nesse intuito. O Estado brasileiro, por sua vez, adotou a organização federal de Estado desde a Constituição de 1891, influenciado pelo modelo inaugurado em 1787 nos Estados Unidos (CONTI, 2010, p. 15-16).

A grande marca desse modelo é a descentralização do poder entre os entes políticos. Isso por que, em tese, a repartição de competências entre as pessoas políticas suavizam o encargo para entes maiores e permite maior eficiência na execução de políticas públicas em âmbitos locais. Por isso, defende-se que o federalismo é uma ferramenta bastante útil a fim de atingir a ordem econômica e social, porquanto lastreado pelos ideários da harmonização, pluralismo e da solidariedade (ELALI, 2007, p. 43).

Cabe acrescentar que os Estados que adotam esse modelo demonstram peculiaridades que lhe são próprias, não havendo uma uniformidade entre estados federais (CARRAZZA, 2008, p. 137). Nesse sentido, no contexto nacional é constatada a existência de assimetrias entre os

entes federados. E por isso, o legislador constituinte tentou firmar soluções a fim de diminuir ou dizimar essas disparidades (UCHÔA FILHO, 2010, p.).

Ademais, a partir da Constituição de 1891 houve uma oscilação entre a concentração do poder na União e a descentralização do poder para os entes subnacionais. Isso ocorreu até a Constituição de 1988, quando esta retomou a ideia original do federalismo, sobrepujando a descentralização. Não obstante esse posicionamento da hodierna Carta Magna, essa repartição de competências ocorre com notável evidência no que pese aos deveres de prover o *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social), porquanto em termos tributários permanece uma tendência à centralização (FERRERI, 1995, p. 27).

Por conseguinte, a distribuição da riqueza entre os entes federados é primordial para a efetividade da autonomia financeira, a qual é uma das características basilares do sistema federal. E essa autonomia advém, sobretudo, das receitas derivadas, ou seja, do recolhimento de tributos aos cofres públicos (TORRES, 2007, p. 11).

Isso posto, a Carta Magna, reconhecendo as assimetrias e tentando suavizar a concentração de receitas tributárias nos entes maiores, estabeleceu partilhas de receitas tributárias para os entes menores, evidenciando o seu cunho eminentemente cooperativo. E assim, neste trabalho, focou-se na problemática envolvendo a cota-parte do ICMS devido aos Municípios pelos Estados-membros.

Não obstante a CRFB garantir o referido repasse, há grande relevância do tema no cenário nacional atual, sobretudo por causa das diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que provoca. E isso ocorre de maneira mais veemente porque a conjuntura federal percebe um claro conflito denominado doutrinariamente de guerra fiscal (MENEZES, 2009, p. 117).

Esse fenômeno belicoso, por sua vez, de acordo com o ensino de Leonardo Alcantarino Menescal, pode ser entendido como uma competição entre Estados-membros a fim de atrair investimentos privados em seus territórios por intermédio da oferta de vantagens econômicas, decorrentes da renúncia de receita tributária (MENESCAL, 2010, p. 327).

Devido à ineficiência das regras do CONFAZ (PEIXOTO, 2010, p. 90), os Estados-membros, com o intuito de se desenvolverem, concedem incentivos fiscais unilaterais, em desobediência às normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a matéria, quais sejam: o artigo 155, §2º, XII, g da CF/88 e a Lei Complementar nº. 24/75.

Dessa forma, a concessão dessas benesses fiscais aos contribuintes do ICMS de forma unilateral afeta diretamente os Municípios, os quais se veem prejudicados quanto ao repasse de sua cota-parte (25% da receita do ICMS) definida constitucionalmente.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF tem abraçado entendimento (RE 572.762/SC) no sentido de ser considerada a inconstitucionalidade das benesses fiscais em matéria de ICMS concedidas unilateralmente pelos Estados-membros, por causa da patente violação aos dispositivos atinentes ao instituto exonerativo do referido imposto.

A partir dessas divergências infere-se a importância da distribuição de rendas advindas da arrecadação tributária, a fim de equalizar receitas e cumprir o ideário do federalismo fiscal cooperativo propugnado pela Magna Carta.

3. A GARANTIA DE REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS COM OS MUNICÍPIOS E A EFETIVIDADE DO FEDERALISMO FISCAL COOPERATIVO

A elevação do Município como ente federado é, conforme Meirelles (*apud* Ferreri, 1995, p. 32), uma peculiaridade nacional, pois até então não existe outra nação que atribua à municipalidade o status de ente federativo.

Em sede de organização estatal, Kelsen (*apud* Garcia, 1995, p. 120/121) afirma que a atribuição de autonomia local para as municipalidades indica o grau de democratização do Estado, pois visa diminuir a interferência do governo central nas peculiaridades locais.

Para isso a atual Lei Maior, cuja tendência democrática leva à descentralização do poder, indica em sua extensa disposição normativa, as competências para cada ente, inclusive referente aos Municípios.

Nesse talante, convém demonstrar que, segundo Ulrich Karpen (*apud* Garcia, 1995), “o Estado federado e, mais ainda, a União, só podem agir no caso em que, segundo um ordenamento de competências que concorrem entre si de forma flexível, as forças das unidades menores não forem suficientes para dar conta de uma tarefa colocada pelo bem comum” (p. 121).

Se se considerar que a nação brasileira é composta por uma quantidade exacerbada de Municípios, pode-se afirmar que apenas com a concreção das suas responsabilidades governamentais com a sua população é possível desenvolver a federação como um todo. O contraponto também é verdadeiro, uma vez que a má governabilidade e a inexecução das incumbências constitucionais determinadas para os Municípios implicam na continuidade ou agravamento das assimetrias existentes no cenário federal do Brasil.

Para a efetividade das suas tarefas constitucionais, o ente subnacional precisa da efetiva autonomia frente aos demais entes, seja no exercício da autogestão ou na autonomia financeira. Esta, por sua vez, é fundamental, como já elucidado acima, para a execução das

políticas públicas e sustento da máquina governamental do ente político. É por isso que, no contexto do federalismo cooperativo, os entes devem assegurar que todos participem das riquezas geradas pela unidade federal a fim de desenvolvê-la em seu aspecto global.

A aferição da riqueza de uma nação pode ser vislumbrada por meio do aumento da arrecadação de tributos, porquanto parte dela entra como receita derivada nos cofres públicos. É por meio dessa receita que os entes se tornam capazes de retribuir à população o dispêndio tributário que onera a todos.

Dessa forma, a plenitude da governabilidade (execução das incumbências determinadas constitucionalmente) depende da entrada dessa receita nos cofres estatais. Com a repartição das competências tributárias, a Constituição estabeleceu maneiras para cada ente auferir os recursos públicos necessários que os possibilite executar a demanda exigida. Doutra sorte, manteve uma política centralizadora no que se refere à arrecadação tributária, porquanto é perceptível que os entes maiores (União e Estados) mantêm para si tributos com maior capacidade de arrecadar, como exemplos, têm-se: IPI e ICMS. Os Municípios, por sua vez, em sua grande maioria, congregam uma população pobre e mesmo assim dependem do escasso produto arrecadado dos tributos de sua competência (IPTU, ITBI e ISS).

Diante disso, a efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais que versem sobre o fortalecimento do federalismo brasileiro urge atenção. Sobretudo, a questão em debate, pois é através da autonomia financeira que ente torna-se independente. Assim, o repasse da receita arrecadada do ICMS por parte dos Estados aos Municípios deve ser cumprido pelos Estados-membros.

Outrossim, há entendimento do STF, acima apontado, frente ao contexto da guerra fiscal, determinando que Estado não possui o condão de exonerar unilateralmente o contribuinte do ICMS independentemente do motivo esposado. E, em assim agindo, o Município prejudicado possui o direito da parcela total do imposto que deveria ter sido arrecadado, dada a ilegalidade da concessão do benefício.

Nesse sentido, discorre o Ministro Celso de Mello, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade:

ICMS e repulsa constitucional à guerra tributária entre os Estados-membros: o legislador constituinte republicano, com o propósito de impedir a 'guerra tributária' entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela CR, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, notadamente em face de seu caráter não cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre

após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. Convênios e concessão de isenção, incentivo e benefício fiscal em tema de ICMS: a celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS. Esses convênios – enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributária em matéria de ICMS – destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão. O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS. Matéria tributária e delegação legislativa: a outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADI 1.296/PE, Rel. Min. Celso de Mello. (ADI 1.247-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-8-1995, Plenário, DJ de 8-9-1995.)

O problema está aliado à concessão desmedida de benesses fiscais unilaterais pelos estados e à falta de um planejamento de desenvolvimento nacional pela União (conforme dispõe o artigo 174, § 1º da CRFB). Daí, os Municípios, como dependentes dos repasses para exercerem a sua autonomia federal se veem sem ferramentas para garantir o repasse.

Há também o impasse gerado pela falta de representatividade do ente municipal no referido órgão deliberativo. E esta ausência só poderia ser sanada via acréscimo por Emenda Constitucional. Em relação à solução dada pelo STF no RE 572.762/SC, limitando a 75% (setenta e cinco por cento) a concessão de isenções do ICMS, não há plausibilidade na solução, porquanto o percentual anunciado na Constituição se refere ao produto arrecadado e não à competência do imposto.

As soluções apontadas esbarram na ausência de mecanismos institucionais para acabar com o referido conflito. Malfadado contexto ocorre porque, conforme Rezende (2009, p. 66), “a distribuição vertical sempre foi definida por meio da competição política entre governos, ficando ao sabor do maior ou menor poder que cada esfera de governo detinha em determinado momento”.

Segundo o autor, a constitucionalização das regras de rateio dificulta a existência de um instrumento ágil de ajuste vertical. E por isso, conclui que o federalismo fiscal brasileiro está ultrapassado e, assim, clama por reforma. Ele elenca, portanto, cinco pontos fundamentais para serem observados na aclamada reforma fiscal, são estes:

[...]a definição clara de diretrizes a serem observadas na construção desse novo modelo; o equilíbrio entre a repartição de competências e o regime de transferências; a adoção de compromissos com resultados no uso dos recursos públicos; a introdução de regras flexíveis e assimétricas para permitir que o modelo se ajuste a mudanças na dinâmica socioeconômica; o desenho apropriado de um processo de transição (REZENDE, 2009, p. 70).

Em uma das tentativas de pacificar a matéria, o ministro do Supremo Gilmar Mendes chegou a protocolar uma proposta de súmula vinculante na qual propõe, com base no precedente das Ações Diretas de Inconstitucionalidade já julgadas, que o STF determine que “qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional”. (CNM, 2012, p. 22)

Para a Confederação Nacional dos Municípios, a guerra fiscal é fomentada pela existência da alíquota interestadual, a qual proporciona aos Estados de origem uma parcela significativa do imposto. Assim, se todo o ICMS pertencesse ao Estado de destino da mercadoria, haveria a dissipação do conflito fiscal através da instituição da alíquota zero, de modo que as isenções do imposto só afetaria o mercado local.

Recentemente, o Senado Federal unificou a alíquota do ICMS-importação, visando acabar com a guerra dos portos. Abriu, portanto, as portas para a unificação da alíquota interestadual do ICMS sobre os demais produtos em circulação na economia brasileira.

Ademais transita a proposta de Súmula Vinculante no STF para acabar com a exigência de unanimidade nas deliberações do CONFAZ para conceder benefícios fiscais do ICMS. Apesar da aprovação dessa súmula, para Fernando Facury Scaff isso não significará o fim da guerra fiscal, haja vista o espírito de competitividade entre os estados brasileiros é o maior entrave em frente ao malfadado federalismo cooperativo (SCAFF, 2014)

Isso posto, percebe-se que o embate sobre a partilha do imposto em debate gera muitos desacordos e poucas medidas para efetivamente sanar o problema. Essa conjuntura só irá se modificar quando a União se posicionar, como ente de maior poder no enfoque do federalismo fiscal, para executar medidas de distribuição efetiva da arrecadação tributária e concretizar o Plano de Desenvolvimento Nacional preconizado na Magna Carta. Ademais, deve trabalhar para implantar um espírito harmônico com o fito de implantar nos entes o desejo de promover o desenvolvimento local tendo sempre em mente a sua participação em um contexto federal.

3. A DEPENDÊNCIA DOS MUNICÍPIOS EM RELAÇÃO À REPARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS

A introdução de um sistema de partilha das receitas tributárias entre os entes federativos brasileiros definidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi uma das maneiras determinadas pelo legislador constituinte originário para atacar as assimetrias presentes no sistema federal brasileiro. Por essa distribuição da riqueza advinda da receita derivada, a doutrina defende que o federalismo brasileiro se apresenta como eminentemente cooperativo (FALCÃO, 1975, p. 25-36).

Nesse sentido, a partilha do ICMS, o imposto com maior poder arrecadatório no território nacional (CNM, 2012), é de suma importância para efetivar a autonomia financeira dos entes municipais brasileiros. Isso porque, não obstante estes terem sido erigidos a entes federativos pela CRFB, em sua maioria, não se sustentam apenas com os poucos recursos advindos da instituição dos tributos da competência tributária municipal. Por esse motivo, dependem quase que exclusivamente dos repasses diretos e indiretos previstos constitucionalmente pelo sistema de repartição de receitas tributárias (RUBINSTEIN, 2012).

Ademais, a título de entendimento das características próprias do federalismo no Brasil, é salutar observar que as disparidades entre as regiões e entre os entes políticos são compreendidas através da análise do surgimento do modelo federalista estadunidense e o seu implemento no contexto nacional. E, conforme ensina Janice Helena Ferreri, é importante mencionar as características do federalismo estadunidense porque este representa o impulso inicial para a formação teórica e prática do Estado Federal (FERRERI, 1995, p. 17).

Nesse desiderato, uma das principais consequências do modelo de estado federal é a descentralização das competências tributárias, originando um verdadeiro federalismo fiscal. No Brasil, o federalismo adquiriu uma postura eminentemente cooperativa a partir da Constituição de 1946, a qual previa transferências de receitas para os entes subnacionais e para regiões subdesenvolvidas. Nas demais constituições houve uma tendência à concentração de receitas tributárias em decorrência da centralização do poder promovida pelas ditaduras instaladas no país. E, apenas com a redemocratização e promulgação da Constituição Cidadã (Ulysses Guimarães), o viés cooperativo ganhou força.

Esse cooperativismo da atual Carta Magna, segundo o ensinamento de André Castro Carvalho, torna-se patente porque no seu corpo há comandos normativos que preveem a atuação do ente central no sentido de compensar a hipossuficiência dos entes mais descentralizados (Estados e Municípios), através da distributividade de receitas derivadas (CARVALHO, 2010, p. 167).

Como sucedâneo dessa tendência, o federalismo fiscal cooperativo vai se refletir diretamente no bom funcionamento do modelo federal de estado. Isso porque o sistema de repartição de receita tributária servirá não só como instrumento para dizimar as disparidades entre entes tão desiguais, como também, conforme leciona Cesar Augusto Seijas de Andrade, para assegurar a autonomia financeira destes. Assim, a efetividade desses comandos implica o próprio funcionamento regular do federalismo, uma vez que, sem autonomia dos entes participantes do *foedus*, não há Estado Federal (ANDRADE, 2010, p. 305).

Não obstante os moldes teóricos e jurídicos que permeiam a Federação Brasileira, a efetividade das repartições de receita derivada esbarra com a competitividade entre os Estados-membros. Nesse contexto, o fenômeno da guerra fiscal é o maior vilão das repartições de receitas tributárias, sobremaneira no que se refere ao percentual do ICMS reservado constitucionalmente aos Municípios, cuja previsão se encontra no artigo 158, IV, da CRFB.

Os Municípios, em meio à essa guerra fiscal, são os entes mais prejudicados, pois além de padecerem da falta de recursos próprios, não possuem expressividade de representação no estado federal brasileiro que lhes garanta esses recursos. Isso cria um ciclo vicioso de agravamento de assimetrias entre os entes municipais, que em sua grande maioria possui muitos encargos constitucionais e incoerentemente, poucos recursos para atendê-los. Com isso, só restam às municipalidades recorrer ao Poder Judiciário, a fim de garantir o repasse das verbas tributárias.

4. POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA REPARTIÇÃO DA RECEITA DO ICMS DIANTE DA GUERRA FISCAL

O Supremo Tribunal Federal - STF, por seu turno, a respeito da querela sobre o repasse do ICMS, tem decidido pela inconstitucionalidade das leis concessivas de isenções unilaterais, dando razão às municipalidades. Isso porque, de acordo com o Ministro Carlos

Ayres Britto, em seu voto no RE 572.762/SC: “os incentivos devem ser feitos com exclusão da parcela de repartição tributária, de forma que o ente arrecadante não tem a disponibilidade do total da receita do imposto, mas somente da percentagem não destinada constitucionalmente ao repasse.” Segundo este raciocínio os Estados só podem dispor de um percentual de 75% do ICMS na concessão de benesses fiscais.

Já o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entende que a querela se refere a direito financeiro, uma vez que, conforme o acórdão AC nº 494044/PE, o direito subjetivo ao repasse do percentual da receita do tributo pleiteado (nesse caso IPI e IR) só surge com a efetiva entrada da arrecadação nos cofres estatais. Por isso, os desembargadores entendem que não se trata de discussão tributária, já que o tributo só integrará a esfera jurídica do Município quando transformado em finanças públicas, por meio da atividade arrecadatória do Fisco Estatal.

Percebe-se com isso, que a celeuma do repasse do ICMS cria um problema interpretativo, haja vista a solução içada pelo STF interfere na competência tributária do Estado. Essa interpretação dá azo à interveniência na competência de outros tributos que integram o sistema de repartição de receitas (a exemplo do supramencionado IPI e IR, objeto de discussão no TRF da 5ª Região).

Por outro lado, é importante trazer à baila que diante do clima de competitividade gerado pela Guerra Fiscal, não é possível atender aos princípios federativos de cooperação para o desenvolvimento integral do Estado Federal Brasileiro. Os Estados, nesse contexto, não estão autorizados a mitigar os princípios basilares do pacto federativo oferecendo isenções unilaterais do ICMS em detrimento da receita devida ao Município.

Essa atitude dos Estados enfraquece o federalismo no Brasil e ofende a própria autonomia dos entes municipais, pois, de acordo com Ricardo Lobo Torres, por estes serem os entes mais descentralizados, as participações na arrecadação de tributos de outros entes constituem um instrumento de equalização financeira a fim de alcançar o equilíbrio financeiro do Estado Federal (TORRES, 2007, p. 11).

Esses motivos, no entanto, não permitem que o STF force uma solução equânime para a pendenga entre os entes políticos. Porque, conquanto os Municípios detenham o direito ao repasse da cota-parte do ICMS (e esse direito só surge com efetiva arrecadação nos cofres estatais, conforme o próprio reconhecimento do TRF da 5ª Região). Como já visto, a suprema corte invade o instituto da competência tributária (pertencente aos Estados e ao CONFAZ)

quando limita a concessão de isenção ao percentual de 75%, em completa inovação às normas vigentes no ordenamento pátrio.

Essa interpretação pode ser levantada porque, além de não haver modificação de competência tributária quando o tributo possui previsão de repartição de receita, também não há ilegalidade quando as isenções resultam das deliberadas do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), pois estão em conformidade com as normas insertas na CRFB, no seu artigo 155, §2º, XII, “g”, e na Lei Complementar nº 24 de 1975.

Diante disso, percebe-se que a contenda está longe de findar, o que torna a discussão de extrema relevância. Por essa razão, objetiva-se lançar um olhar crítico sobre a decisão do STF no caso paradigmático acima apontado, demonstrando a impossibilidade jurídica e hermenêutica de se aplicar o dispositivo ora publicado pela suprema corte, haja vista afrontar claramente o instituto da competência tributária referente ao ICMS. E, com base nisso, pretende analisar as dificuldades dos sistemas jurídicos em atender aos institutos principais do Estado Federal, sobretudo quanto à efetividade da autonomia financeira dos entes pactuados e de que modo isso é pernicioso para o bom funcionamento do *Welfare State*.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho intentou compreender o modelo federal brasileiro e como este está estruturado no seu aspecto fiscal, sobremaneira em que pese ao sistema de repartição de receitas tributárias previsto na Constituição da República de 1988. Em vistas da amplitude do tema e da repercussão geral, focou-se na celeuma presente na realidade jurídica brasileira referente ao repasse da receita do ICMS aos Municípios pelos Estado-membros. Tudo isso, considerando o fenômeno da guerra fiscal.

Percebeu-se que o Brasil adotou o modelo criado pelos estadunidenses. No entanto, pelo seu próprio contexto histórico, implantou-no de forma inversa do original, resultando em um federalismo por segregação. Isso, influenciou na maior centralização do poder por parte da União, a contrario sensu do modelo federativo, o qual possui a descentralização como característica predominante. Outrossim, as assimetrias que haviam em regiões menos desenvolvidas na época do Estado Unitário permaneceram ou se agravaram.

A partir dessa conjuntura, o legislador constituinte, ao elaborar a Carta Magna de 1988, adotou um sistema claro de cooperativismo fiscal entre os entes, evidenciando o federalismo fiscal cooperativo.

Esse cunho cooperativo se torna patente a partir da repartição das receitas tributárias entre os entes federados estabelecida constitucionalmente. Nessa sistemática, o legislador constituinte reconheceu as desigualdades existentes entre os entes, sobretudo entre as municipalidades, obrigando os entes maiores a repassarem parte da receita arrecadada dos tributos de suas competências.

Isso posto, há extrema relevância na distribuição da riqueza entre os entes políticos, a fim de que possam exercer a característica basilar dos estados federais, qual seja: a autonomia financeira.

Nesse ínterim, conforme a Confederação Nacional dos Municípios, o ICMS é o tributo que mais arrecada no país. Dessa arrecadação realizada pelos Estados-membros a CF/88 destinou 25% para os Municípios. Estes, por sua vez, em sua maioria, dependem desse repasse para exercerem sua autonomia financeira, haja vista, não possuem arrecadação tributária própria suficiente.

Os Estados-membros, doutra banda, sob o argumento de fomentar a economia local, concedem benesse fiscal ao contribuinte do tributo em tela de forma unilateral. Isso tem originado a chamada guerra fiscal.

Não obstante a atual Constituição permitir a concessão de benesses fiscais para o ICMS, estas devem ser antecedidas de deliberação unânime no CONFAZ, por meio de convênio, em consonância com o artigo 155, §2º, XII, g, da CF e a Lei Complementar nº 24/75, sob pena de inconstitucionalidade. Apesar de transitar uma proposta de Súmula Vinculante acabando a exigência dessa unanimidade nas deliberações de concessão dos benefícios, o problema não é tão simples de resolver, pois envolve o contexto de competitividade existente entre os Estados.

Na prática, os Estados-membros concedem unilateralmente as referidas benesses, e, por isso, tem sido comum os Municípios acionarem o Poder Judiciário pedindo o repasse do percentual do ICMS devido pelo Estado-membro.

O entendimento não é pacífico, mas para o presente trabalho, utilizou-se o RE 572.762/SC como paradigma, além de uma jurisprudência dissonante do TRF 5ª Região.

Assim, conforme o entendimento do STF até o fim desta obra, aos Municípios devem ser obrigatoriamente repassado o percentual aduzido na CF/88 independentemente de haver ou não benesse fiscal do ICMS. Além disso, define que o Estado só pode dispor de 75% do tributo a fim de concessão de benefício, pois 25% deve ser repassado para o ente subnacional. Já para o TRF da 5ª Região, o debate está em torno de direito financeiro e não direito

tributário, pois refere-se à receita, ou seja, verba efetivamente arrecadada, extrapolando, portanto, a seara tributária.

Apesar da celeuma, no quesito concessão de incentivos fiscais sem consonância com as regras constitucionais e infraconstitucionais, o entendimento tem sido pacífico ao considerá-los inconstitucionais. Inclusive tramita a proposta de uma súmula vinculante sobre a matéria.

Ademais, recentemente o Senado Federal aprovou a unificação da alíquota de 4% para o ICMS-importação para todos os portos brasileiros. Isso, em tese, acabará com a guerra dos portos. E, diante disso, há uma discussão acerca do estabelecimento de igual alíquota do ICMS incidente nos demais produtos em operações interestaduais. Através dessa unificação, haveria a inversão da lógica da arrecadação do referido imposto, pois os Estados consumidores seriam os grandes beneficiados em detrimento dos Estados produtores. Para o CNM essa seria a solução para o embate fiscal entre os entes estatais.

A unificação da alíquota interestadual do ICMS, por sua vez, não impediria ao Estado-membro conceder benesse fiscal do tributo em relação a sua alíquota interna, e aí os Municípios ver-se-iam novamente afetados pela renúncia de receita feita pelo ente estatal.

Acabar com a guerra fiscal significaria, recuperar grande soma de receita tributária do ICMS (o CNM estima ter havido a renúncia de 50 bilhões de reais, em 2011), refletindo diretamente nas receitas municipais.

Na tentativa resolução do problema neste trabalho, apontou-se a inexpressividade de representação política do ente municipal no contexto da federação brasileiro, porquanto, apesar da grande afetação em sua autonomia financeira, sequer há representantes do ente político nas reuniões do CONFAZ.

Essa problemática içada está longe de se dissipar, uma vez que, trata-se do tributo de maior arrecadação no cenário nacional (304 bilhões de reais, em 2011). Portanto, quaisquer medidas tendentes a modificar algum de seus elementos sofrerão grande comoção política, pois envolverão todos os entes da federação.

As soluções sustentadas ao longo do trabalho foram no sentido de corroborar em parte com o STF. No sentido de reconhecer o direito ao repasse da receita derivada ao Município quando o Estado-membro conceder o tributo unilateralmente, uma vez que a prática tem sido entendida pelos tribunais como inconstitucional. Entrementes, se concedido de forma legal, conforme a CF/88 e a LC nº 24/75, não haveria inconstitucionalidade, descabendo limitar o percentual da concessão, haja vista não haver essa determinação no ordenamento jurídico brasileiro. E, nesse último caso, *data venia*, não haveria direito de o ente subnacional pleitear

perante o Poder Judiciário o repasse do percentual da arrecadação tributária do ICMS, pelo simples motivo da inexistência de receita.

Uma solução extrajurídica dada a questão foi a modificação da própria Carta Magna, no sentido de aumentar a representação dos Municípios nas decisões de benesses concedidas ao contribuinte de ICMS, pela razão suficiente de serem os mais afetados com as exonerações.

E isso deve ocorrer porque é de extrema importância que o Estado Federal garanta a autonomia financeira dos seus entes, sem a qual não há razão de estar estruturado como uma Federação.

Para isso, deve-se arrumar soluções racionais a fim de se dissipar as políticas competitivas imperantes no contexto dos entes federados brasileiros, trabalhando no sentido de criar o senso cooperativo entre os entes através da garantia de autonomia financeira local, principalmente em relação aos Municípios. E a garantia dos repasses de receita tributária para os entes subnacionais foi o principal meio que o Constituinte Originário erigiu para elevar o federalismo brasileiro ao status de cooperativo, devendo, portanto ser prioritariamente atendido.

Finalmente, é possível afirmar que o papel da União é fundamental para efetivar um Plano de Desenvolvimento Nacional a fim de evitar que os Estados, unilateralmente, tentem resolver as suas desigualdades econômicas frente aos demais entes nacionais. Salienta-se, com isso, a importância de utilizar as características específicas do federalismo brasileiro, sobremaneira em que pese ao poder da União frente os entes subnacionais. E assim, a partir do ente central, desenvolver políticas para dizimar ou diminuir as desigualdades regionais, fomentando o desenvolvimento cooperativo entre os entes pactuados e distribuindo a riqueza de maneira uniforme entre os entes federativo, garantindo a execução dos inúmeros encargos exigidos pelo Estado de Bem Estar Social.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de. A repartição das receitas tributárias e os incentivos fiscais. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. (p. 303-326)

BASTOS, Celso Ribeiro. A federação e o sistema tributário. In: _____ (Org.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (p. 96-119)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 5ª Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO, André Castro. Mecanismos para a otimização do federalismo fiscal brasileiro. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. (p. 165-195).

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONTI, José Mauricio. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: _____; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. (p. 15-34)

ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007. (p. 37-66).

FALCÃO, Alcino Pinto. Aspectos da cooperação horizontal no federalismo. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Orgs.). *Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (p. 25-36).

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. (p. 15-38)

KELSEN, Hans. Formas de organização estatal: centralização e descentralização. *Revista de Direito Administrativo*. FGV Rio de Janeiro. V. 4, 1946. (p.48-72).

MENESCAL, Leonardo Alcantarino. Guerra fiscal, desigualdades regionais e federalismo fiscal no Brasil. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MENEZES, Adriana Reis Albuquerque de. A utilização indutora de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: uma análise de sua (in) efetividade à luz do modelo de Estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na CF de 1988. Dissertação de Mestrado. *Universidade Federal de Pernambuco – Centro de Ciências Jurídicas*. Recife, Pernambuco, Brasil, 2009.

NÓBREGA, Marcos. Federalismo seletivo e equalização fiscal: o novo modelo de gestão fiscal e o impacto nos entes subnacionais. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal 15 anos – Mutações e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003 (p. 321-343).

PEIXOTO, Daniel Monteiro. Guerra fiscal via ICMS. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007.

REZENDE, Fernando. *A Reforma Tributária e a Federação*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

RUBINSTEIN, Flávio. Promoção da equalização fiscal no federalismo brasileiro: o papel dos fundos de participação. In: CONTI, José Mauricio; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Alexandre Coutinho. Competência Tributária, Transferências Obrigatórias e Incentivos Fiscais. In: CONTI, José Mauricio; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco; _____ (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. Súmula Vinculante não é solução para a Guerra Fiscal. 2014. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-17/sumula-vinculante-nao-solucao-guerra-fiscal>>. Acesso em: 28 de jun. 2014.

TOMÉ, Fabiana del Padre. A jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). *Incentivos Fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os tributos na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. (vol. IV).

UCHÔA FILHO, Sérgio Papini de Mendonça. Transferências de recursos e participação na arrecadação tributária. In: CONTI, José Mauricio; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco; SCAFF, Fernando Facury (Orgs.). *Federalismo Fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. (p. 217-242).