

COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E LIMITES PARA A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

TAXING POWER AND LIMITS FOR GRANTING TAX INCENTIVES

Matheus Carneiro Assunção

Especialista em Direito Tributário e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela
Universidade de São Paulo - USP

RESUMO:

Este estudo procura analisar as características da competência tributária e os limites constitucionais existentes para a concessão de incentivos fiscais pelos entes federados, salientando a necessidade de evitar-se a guerra fiscal e garantir o equilíbrio e a segurança jurídica na federação brasileira. As conclusões parciais obtidas, com base em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, indicam que existem distorções na aplicação das regras e dos princípios constitucionais que estruturam o sistema tributário nacional, especialmente no que diz respeito aos limites da competência tributária dos entes federados e às regras de repartição das receitas tributárias, estabelecidas nos artigos 157, 158 e 159 da Constituição Federal.

ABSTRACT:

This study seeks to analyze the characteristics of tax power and the constitutional limits for granting tax incentives by the members of the federation, underlining that it is necessary to avoid fiscal war and ensure legal certainty and equilibrium in the Brazilian federation. The partial conclusions obtained, based on precedents of the Supreme Court, indicate that there are distortions in the application of rules and constitutional principles that structure Brazilian tax system, especially with regard to the limits of tax powers and rules of tax revenue sharing, established in Articles 157, 158 and 159 of the Federal Constitution.

PALAVRAS CHAVE: competência tributária; incentivos fiscais; limites constitucionais.

KEY WORDS: taxing power; tax incentives; constitutional limits.

INTRODUÇÃO

O federalismo fiscal brasileiro encontra-se em crise. No exercício de suas competências tributárias, União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituíram diversos benefícios fiscais ao longo dos últimos anos, mas também acabaram criando pontos de atrito federativo. Celeumas entre Estados acerca da cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) tornaram-se frequentes, desencadeando reiteradas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a validade de incentivos fiscais concedidos sem prévia aprovação de convênio no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Os embates federativos também ganharam repercussão no campo da repartição do produto da arrecadação tributária, matéria disciplinada pelos artigos 157, 158 e 159 da Constituição. Muitos Municípios passaram a questionar judicialmente a concessão de benefícios fiscais por Estados e pela própria União, com impactos nos valores repassados por meio das transferências constitucionais.

As crescentes disputas federativas apontam para a existência de problemas na aplicação das regras e dos princípios constitucionais que estruturam o sistema tributário nacional, com impactos no equilíbrio das relações entre os entes federados, razão pela qual se revela pertinente investigar os limites para o exercício da competência tributária, especialmente no que tange à previsão de incentivos fiscais.

CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Entende-se por competência tributária a aptidão para criar normas jurídicas que disponham sobre a instituição, arrecadação e fiscalização de tributos (GAMA, 2009, p. 343). Essa aptidão tem como características: (i) privatividade; (ii) indelegabilidade; (iii) incaducabilidade; (iv) inalterabilidade; (v) irrenunciabilidade; (vi) facultatividade do exercício (CARRAZZA, 2005, p. 481).

Tais características da competência tributária subsistem mesmo em face das regras constitucionais de participação de outros entes no produto da arrecadação de alguns tributos. Com efeito, apenas poderemos cogitar da partilha de tributos instituídos e arrecadados, como decorrência do exercício da competência tributária, que é privativa e de exercício facultativo.

Mas o exercício da competência tributária também encontra limites, erigidos constitucionalmente. O legislador, em matéria tributária, deve observar atentamente as diretrizes determinadas pela Constituição da República (cf. CARVALHO, 2008, pp. 228-232). Assim como há limitações ao poder de tributar, existem limitações ao poder de conceder incentivos fiscais.

LIMITES CONSTITUCIONAIS À CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

O poder de conceder incentivos fiscais, corolário do poder de tributar, tal como o anverso da mesma moeda (cf. BORGES, 2007, p. 30), encontra limitações intrínsecas no texto constitucional. Por exemplo, não pode um Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativo ao ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio no âmbito do CONFAZ (ADI 2345). Medidas dessa natureza acirram a guerra fiscal, em violação aos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição (ADI 1247). Conforme já assentou o STF, os entes federados tampouco podem utilizar sua competência legislativa privativa ou concorrente para retaliar outros entes federados, ainda que sob o pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, pois essas tensões devem ser resolvidas no foro legítimo, que é o Congresso Nacional (ADI 4705 MC).

Ainda segundo o STF, o repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios por força do art. 158, IV, da Constituição, não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual, pois tal limitação configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias (RE 572.762/SC). Isto não quer dizer que os Estados estejam impedidos de conceder incentivos fiscais relativos a tributos submetidos à partilha. Observados os parâmetros constitucionais que orientam o exercício da competência tributária, os entes federados possuem margens para prever incentivos fiscais independentemente dos seus possíveis reflexos financeiros no que tange à partilha dos recursos arrecadados com outros entes federados (Cf. CONTI, SCAFF e BRAGA, 2010). A questão que se coloca é: até que ponto?

O Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da STA 681 MC/PB, salientou que, para a boa compreensão do precedente firmado no RE 572.762/SC, é imprescindível ter em mente os diversos fenômenos normativos reunidos na classe dos “benefícios fiscais”. Se o benefício fiscal consistir em alteração da regra-matriz de incidência do tributo, a arrecadação efetiva também pode ser afetada, sendo sua eventual diminuição, a princípio, constitucional, pois a Constituição assegura uma parcela do produto arrecadado, e não uma parte do produto que

poderia ter sido arrecadado se não houvesse benefícios fiscais. No entanto, se o benefício fiscal incide após a arrecadação do tributo, não pode prejudicar a legítima expectativa dos entes federados que possuem direito à parcela do tributo arrecadado.

Nessa tônica, o Congresso Nacional procurou prever regra destinada a afastar os efeitos financeiros de incentivos fiscais concedidos pela União, no que tange ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM), encaminhando para sanção presidencial o seguinte dispositivo (art. 5º do PLP 288/2013, que deu origem à Lei Complementar n. 143/2013): “*Eventuais desonerações concedidas pelo Governo Federal incidirão apenas na cota de arrecadação destinada à União, não sendo consideradas para efeito de repasse do FPE e do FPM*”. Tal previsão, porém, foi vetada, sob o fundamento de inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, uma vez que limita o escopo de política econômica característico das desonerações.

Observa-se que assunto é bastante controverso, e teve inclusive sua repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 705.423, no qual se discute a exclusão dos benefícios fiscais concedidos pela União, relativamente ao IR e ao IPI, do cálculo dos valores a serem repassados ao Fundo de Participação dos Municípios. Todavia, tendo em vista o conteúdo do princípio federativo, as características da competência tributária, e as regras de repartição das receitas tributárias, não há fundamento para considerar os valores de benefícios fiscais concedidos pela União (gasto tributário) no cálculo dos valores destinados ao FPM.

CONCLUSÕES

Diante das questões sumariamente apresentadas nas linhas acima, algumas conclusões parciais podem ser obtidas: (i) as relações federativas no Brasil passam por um momento de crise, evidenciada em constantes cenários de “guerra fiscal”; (ii) existem sérias distorções na aplicação das regras e dos princípios constitucionais que estruturam o sistema tributário nacional; (iii) a competência tributária encontra limites erigidos constitucionalmente, que não podem ser ignorados pelos entes federados; (iv) não pode um Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativo ao ICMS, de modo unilateral, sem prévia celebração de convênio no âmbito do CONFAZ; (v) os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa para promover retaliações em meio à “guerra fiscal”, colocando em risco a segurança jurídica e o equilíbrio federativo; (vi) observados os parâmetros constitucionais, os entes federados podem conceder incentivos fiscais que impliquem redução do produto da arrecadação a ser posteriormente submetido à repartição com outros entes, sem

que isto gere direito de recebimento daquilo que poderia ter sido arrecadado se não houvesse benefícios fiscais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 572.762**, Repercussão Geral, Tribunal Pleno, Relator Ricardo Lewandowski, julgado em 18/06/2008. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4705 MC**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23/02/2012. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2345**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 30/06/2011. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1247**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 01/06/2011. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA 681 MC**, Relator Ministro Presidente Joaquim Barbosa, julgado em 30/11/2012. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 705.423 RG**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/05/2013. Disponível a partir de: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 ago. 2013.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos A. Faraco (Coord.). **Federalismo Fiscal: Questões Contemporâneas**. Florianópolis: Conceito Editorial - IBDF, 2010.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.