18/06/2008 **TRIBUNAL PLENO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 572.762-9 SANTA CATARINA

RELATOR	:	**MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECORRENTE(S)	:	ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO(A/S)	:	PGE-SC - ROGÉRIO DE LUCA
RECORRIDO(A/S)	:	MUNICÍPIO DE TIMBÓ
ADVOGADO(A/S)	:	CARLOS EDUARDO SERPA DE SOUZA

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça local, que deu provimento à apelação do Município de Timbó ao fundamento de que viola a Constituição Federal a retenção de parcela do ICMS pertencente àquele ente federado em razão da concessão de incentivos fiscais.

O acórdão ora recorrido encontra-se assim ementado:

> *"ICMS – PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA CATARINENSE (PRODEC) – RETENÇÃO DA PARCELA DESTINADA AOS MUNICÍPIOS – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 158, V, E 160, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*
>
> *A concessão de incentivos fiscais pelo Estado não pode diminuir o repasse do ICMS constitucionalmente assegurado aos Municípios"* (fl. 70).

No RE, interposto com base no art. 102, III, **a**, da Constituição Federal, o Estado alega, em suma, violação dos arts. 158, V, e 160 da mesma Carta.

Em prol de sua tese sustenta o recorrente, em apertada síntese, que o Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC é um mecanismo de desenvolvimento sócio-econômico do Estado, o qual permite que empresas instaladas em Santa Catarina beneficiem-se de uma das seguintes formas de incentivo: i) o financiamento por meio de instituição financeira oficial; ou ii) a postergação do recolhimento de ICMS.

Esclarece que a discussão travada nestes autos diz respeito a essa última forma de incentivo, cuja concessão leva ao adiamento do repasse, aos Municípios, da parcela deste imposto que lhes pertence.

Alega, em suma, que, como o momento do recolhimento do imposto é diferido, não é possível falar-se em arrecadação do tributo e, muito menos, em direito dos Municípios à repartição da receita dele decorrente.

Afirma, mais, que

> *"(...) o fato de os Municípios terem direito a parcela da arrecadação de determinado tributo não lhes confere qualquer competência sobre este, o que somente ocorrerá quando deixar de existir como tributo e passar a existir como receita pública, ou seja, quando for arrecadado"* (fl. 134).

Não foram oferecidas contra-razões (fl. 143).

Em 29/2/2007, submeti à Corte manifestação no sentido da existência de repercussão geral do tema constitucional ventilado, a qual foi por ela acolhida.

Deixei de remeter o processo ao Procurador-Geral da República em razão já tê-lo feito em outros casos absolutamente idênticos, nos quais o parecer da Procuradoria foi pelo desprovimento dos recursos (RE 482.067/SC e RE 485.541/SC, ambos de minha relatoria).

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 572.762-9 SANTA CATARINA

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): A questão debatida neste recurso extraordinário consiste em saber se é lícito ao Estado postergar o repasse de parcela do ICMS devida aos Municípios, nos termos do art. 158, IV da Carta Magna, a pretexto de que o seu recolhimento foi adiado em virtude da concessão de incentivos fiscais a particulares.

Destaco, para melhor elucidar a situação sob exame, o seguinte trecho do parecer da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Marques Sampaio:

> *"(...) o Estado de Santa Catarina vem utilizando a cota relativa ao repasse da arrecadação do ICMS pertencente ao Município, com o intuito de financiar empreendimentos comerciais e industriais. As empresas recebem financiamento na ordem de 75% de incremento do referido imposto por elas gerado, sendo esse montante devolvido aos cofres públicos em um prazo de 48 ou 60 meses. Escritura-se como receita tributária apenas 25% do imposto devido pelo contribuinte, e os municípios, que têm assegurada constitucionalmente a participação em 25% do total da apuração do ICMS arrecadado, recebem apenas 6,25% do produto da arrecadação, perdendo cerca de 3/4 do que lhes é devido".*[1]

[1] Parecer juntado ao RE 485.541/SC, de minha relatoria.

Bem examinada a questão, e não obstante os argumentos expendidos pelo recorrente, entendo que a pretensão recursal não merece acolhida, ainda que tenha, provisoriamente, prolatado decisão em sentido diverso, na Ação Cautelar 1.660/SC, de minha relatoria.

De fato, a Constituição de 1988, como é sabido, estendeu, em muito, a autonomia dos entes federados, quando comparada com o texto constitucional anterior, particularmente no plano fiscal, ampliando a competência arrecadatória dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de assegurar-lhes o repasse de recursos compartilhados com os entes maiores.

É que, como assinalei alhures, a nova Carta Magna adotou o denominado "*federalismo cooperativo*", em que "*se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais (...) caracterizado por uma repartição vertical e horizontal de competências, aliado à partilha dos recursos financeiros*".[2]

---

[2] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 20-21.

Assentei, ainda, a propósito do tema, o seguinte:

> *"Provavelmente, a característica mais relevante do Estado Federal – pelo menos a que apresenta maiores conseqüências de ordem prática -, ao lado da questão da distribuição de competências, seja a atribuição de rendas próprias às unidades federadas. Com efeito, é indispensável que o partícipe da federação, que exerce a sua autonomia dentro de uma esfera de competências própria, seja contemplado com a necessária contrapartida financeira para fazer face às obrigações decorrentes do exercício pleno de suas atribuições".* [3]

E recorrendo ao magistério de Dalmo de Abreu Dallari, continuei:

> *"(...) quem confere competências, na verdade, está transferindo encargos, sendo imprescindível atribuir-se ao ente político as rendas adequadas para que possa desempenhá-las satisfatoriamente", aduzindo que, "sem autonomia financeira, a autonomia política de que, por definição, é dotado o membro de federação, será apenas nominal, porquanto não pode agir com independência aquele que nãop possui recursos próprios".*[4]

Por oportuno, convém trazer, nesse passo, a pertinente observação de Rogério Leite Lobo, para quem,

> *"(...) em dinâmica diametralmente oposta às políticas que vêm sendo adotadas nos*

---

[3] *Idem*, p. 18.
[4] *Idem, loc. cit*.

> *outros Estados federais para sanar a crise centrípeta que terá acometido as bases do Federalismo Fiscal desses países (nos Estados Unidos da América e na Alemanha, ao menos (...), tem-se procurado estimular a arrecadação de tributos próprios dos entes locais, com a diminuição dos repasses verticais, 'grants-in-aid', subsídios, etc.), o Brasil vem apostando no incremento das transferências intergovernamentais (...)".* [5]

Que, na seqüência, conclui: *"se é assim, tanto mais exsurge inaceitável que a incolumidade de tais rendas esteja comprometida"*. [6]

Destarte, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, cumpre que se preserve com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário por parte do ente responsável pelos repasses a que eles fazem jus.

Quanto à questão da titularidade dos impostos compartilhados, trago à baila o oportuna lição de Kiyoshi Harada:

---

[5] LOBO, Rogério Leite. *Federalismo Fiscal Brasileiro: discriminação das rendas tributárias e centralidade normativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 162.
[6] *Idem, loc. cit*.

> *"No imposto de receita partilhada há, necessariamente, mais de um titular, pelo que cabe à entidade contemplada com o poder impositivo restituir e não repassar a parcela pertencente à outra entidade política.* ***O imposto já nasce, por expressa determinação do Texto Magno, com dois titulares no que tange ao produto de sua arrecadação****.*
>
> ***O fato de o Estado-membro deter a competência tributária em relação ao ICMS não lhe confere superioridade hierárquica em relação ao município no que tange à participação de cada entidade no produto de arrecadação desse imposto****. A Carta Política já partilhou o produto de arrecadação desse imposto na proporção de 75% para o Estado-membro, titular da competência impositiva, e 25% para os Municípios, prescrevendo no parágrafo único do art. 158 os critérios para creditar as parcelas cabentes às comunas (...)"* [7] (grifos nossos).

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, no mesmo diapasão, lembra que a repartição constitucional de receitas tributárias configura "instrumento financeiro, e não tributário, que cria para os entes políticos menores o direito a uma parcela da arrecadação do ente maior". [8]

Impressionam, ademais, os fundamentos em que se apoiou o acórdão recorrido, segundo os quais (fls. 76): i) *"o benefício fiscal previsto na lei refere-se exclusivamente à parte da arrecadação do ICMS que cabe ao Poder Executivo"*; e ii) *"procede o argumento (...) de que*

---

[7] HARADA, Kiyoshi. Vinculação, pelo município, das cotas do ICMS para garantia de operações de crédito: efeitos. In *Repertório IOB Jurisprudência*, nº 3, fevereiro/99, p. 97.
[8] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 366.

não há postergação do pagamento do ICMS, mas sim repasse do produto da arrecadação aos agentes financeiros do FADESC (...)". Essa última sigla, esclareço, corresponde ao Fundo de Apoio ao Desenvolvimento da Empresa Catarinense, criado pela Lei estadual 11.345/00.

Percebe-se, pois, da conclusão do Tribunal *a quo* que o tributo em tela já havia sido efetivamente arrecadado, sendo forçoso reconhecer que o Estado, ao reter a parcela pertencente aos Municípios, interferiu indevidamente no sistema constitucional de repartição de rendas.

Cumpre lembrar que esta Corte já se defrontou com questão semelhante, na ADI-MC 2.405/RS, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, oportunidade em que se suspendeu cautelarmente a eficácia de dispositivo legal (§ 3º do art. 114, introduzido na Lei estadual 6.537/73 pela Lei 11.475/2000), que autorizava o repasse, a menor, de parcela do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores – IPVA devida aos Municípios gaúchos.

Reconheceu-se, na ocasião, que as comunas têm o direito subjetivo de exigir a parte que lhes cabe na arrecadação daquele tributo, devendo tal raciocínio estender-se, pelas mesmas razões jurídicas, à parcela do

ICMS a que têm direito, por força de expressa disposição constitucional.

Não merece acolhida, *data venia*, a alegação de que o direito do Município estaria condicionado ao efetivo ingresso do tributo no erário estadual, porque apenas nesse momento é que passaria a existir como receita pública.

Ora, mesmo que se faça transite ao largo da assertiva estampada no acórdão recorrido segundo a qual *"não há postergação do pagamento do ICMS, mas sim repasse do produto da arrecadação aos agentes financeiros do FADESC"* (fl. 76), ainda assim não assistiria razão ao recorrente.

É que, segundo a clássica lição de Aliomar Baleeiro, receita pública

> *"é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo."* [9]

Isso é exatamente o que se ocorre com a parcela do imposto a que se refere o art. 158, inciso IV, da Lei

---

[9] BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 126.

Maior, a qual não constitui receita do Estado, mas, sim, dos Municípios, ao quais pertencem de pleno direito.

O citado mestre, em passagem de outra obra, melhor esclarece essa afirmação aparentemente paradoxal, visto tratar-se de imposto estadual, ao assentar que

> *"(...) no federalismo cooperativo, entes estatais podem ser beneficiários de rendas, relativas a tributos de alheia competência. Pode haver mesmo hipótese de à pessoa competente não pertencer o produto da arrecadação de tributo próprio."* [10]

É o caso da parcela do ICMS mencionada no art. 158, IV, da Carta Magna, que, embora arrecadada pelo Estado, integra *de jure* o patrimônio do Município, não podendo o ente maior dela dispor a seu talante, sob pena de grave ofensa ao pacto federativo, de resto, sanável, mediante o emprego da *ultima ratio* do sistema, qual seja, o instituto da intervenção federal, prevista, para tais hipóteses, no art. 34, V, **b,** da Carta Magna.

Mas, há mais.

---

[10] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª edição, revista e completada, à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/96, por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 586-588.

Embora não tenha o argumento integrado as razões do acórdão recorrido, entendo que a lei catarinense colide também com outro preceito constitucional. Explico: na medida em que o PRODEC se qualifica como programa de incentivo fiscal estadual, instituído por lei ordinária local, ele viola o disposto no art. 155, § 2º, **g**, da Constituição, de acordo com o qual cabe à lei complementar *"regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados".*

A jurisprudência, desta Corte, ademais, é pacífica no sentido de que benefícios tributários, concedidos unilateralmente pelos Estados-membros, afrontam o princípio federativo, por incentivarem a deletéria "guerra fiscal" (Cf., por exemplo, a ADI 1.179/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, ADI 2.376-MC/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, ADI 2.377-MC/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Em face de todo o exposto, conheço do recurso extraordinário, negando-lhe provimento.

18/06/2008 **TRIBUNAL PLENO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 572.762-9 SANTA CATARINA

RELATOR	:	**MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECORRENTE(S)	:	ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO(A/S)	:	PGE-SC - ROGÉRIO DE LUCA
RECORRIDO(A/S)	:	MUNICÍPIO DE TIMBÓ
ADVOGADO(A/S)	:	CARLOS EDUARDO SERPA DE SOUZA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO.

I – A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios.

II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual.

III – Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.

IV – Recurso extraordinário desprovido.