

Meio: Jota.Info	
Editoria: Economia	Data: 26/02/2018
Link: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/impostos-compartilhados-incentivos-fiscais-e-o-stf-26022019	

Impostos compartilhados, incentivos fiscais e o STF

Quando os esclarecimentos deixam muito por esclarecer

1. Evolução e *Status* Atual da Jurisprudência do STF sobre o Impacto dos Incentivos Fiscais sobre os Impostos Compartilhados

A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do impacto dos incentivos fiscais (*lato sensu*) sobre os “sócios minoritários” dos chamados impostos compartilhados, entendidos como aqueles cuja receita não pertence exclusivamente ao ente federativo titular da respectiva competência tributária (*v. g.*, IR, IPI, ICMS e IPVA), pode ser, didaticamente, dividida em 4 (quatro) fases, a saber:

1^a. Fase: o julgamento unânime do RE 572.762-RG/SC – Caso Timbó (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 04/09/2008), *leading case* do Tema 42 da Repercussão Geral, que forjou a doutrina da “cortesia com chapéu alheio”, segundo a qual, a grosso modo, a política de fomento deveria ser custeada exclusivamente pelo próprio ente que se propôs a desenvolvê-la, isto é, o “sócio majoritário” do imposto compartilhado – no caso paradigma, Santa Catarina “dividia” com os seus Municípios o ônus gerado pela “devolução” de parte do ICMS recebido a empresas contempladas por programa estadual;

2^a. Fase: ampla disseminação da tese do Caso Timbó, através da sua aplicação direta a discussões relativas a benefícios a título de ICMS concedidos por outros Estados, bem como a problema equivalente envolvendo impostos compartilhados federais (IR e IPI)¹;

3^a. Fase: a revisão (ou melhor, redefinição) da doutrina da “cortesia com chapéu alheio” após a sistemática suspensão, pela Presidência do Tribunal, de decisões que replicaram a mesma interpretação ampla do Caso Timbó, culminando no RE 705.423-RG/SE – Caso Itabi (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 02/02/2018), paradigma do Tema 653 da Repercussão Geral, a partir do qual o foco da discussão deixou de ser a perda sofrida pelo “sócio minoritário” e passou a ser o fenômeno da arrecadação, mais especificamente se o “sócio majoritário” auferiria ou não a receita a ser partilhada; e

4^a. Fase: a aplicação – ou o aprimoramento – da nova versão da doutrina na ACO 758/SE (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 31/07/2017), cujo julgamento se iniciou pouco depois do Caso Timbó e só foi concluído quase um mês após o Caso Itabi, certificando-se o direito de “sócio minoritário” do IR à reparação das perdas decorrentes da afetação de parte da receita do imposto para o custeio de Programas mantidos pela União (PIN e Proterra).

Mas, se seria razoável supor que tudo o que precisava ser dito sobre o tema já o foi, o atual estado de coisas sugere que ainda há muito por esclarecer.

- +JOTA: [Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!](#)

2. O Problema Específico das “Receitas Carimbadas” de Imposto de Renda

Identifica-se no âmbito do STF, na data do presente artigo, um conjunto de 22 (vinte e duas) decisões aplicando a tese da ACO 758/SE a discussões relativas especificamente ao impacto do PIN e do Proterra sobre o Fundo de Participação dos Municípios², a maioria delas já trânsita em julgado. Não é, no entanto, o suficiente para que o mesmo critério seja replicado no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, onde aquele julgamento, quando não solenemente ignorado, é posto de lado sob a justificativa de não ser formalmente vinculante, devendo as demandas serem resolvidas exclusivamente com base no Caso Itabi³.

Salta aos olhos o “curto-circuito”: com o discurso de seguir à risca o entendimento do STF, chega-se ao resultado oposto àquele cravado pelo próprio Tribunal. O aspecto com maior significância, todavia, parece ser a indiferença – impressionante quando se tem em conta o estado da arte no âmbito do STF – às nuances da específica situação examinada na ACO 758/SE, excluindo da equação “somente” o próprio busílis, isto é, se a lógica do *leading case* evocado validaria ou não o diagnóstico proposto em tais circunstâncias.

O “álibi” dessa simplificação costuma ser uma “caricatura” do Caso Itabi que muito lembra o viés maniqueísta e binário que vigorou durante a segunda fase da discussão – mas com o sinal trocado –, a qual, no limite, justificaria a própria superação do Caso Timbó e de toda a doutrina da “cortesia com chapéu alheio”, não apenas do seu possível excesso.

Mas, pelo menos nesse caso, não se poderia atribuir tal mal entendido à tese fixada com o propósito de facilitar a compreensão da *ratio decidendi* do precedente, muito pelo contrário: a proposta original do relator, Ministro Edson Fachin, sofreu alteração precisamente no ponto que poderia dar margem a uma tese “super-inclusiva”. Para que se comparem as 2 (duas) versões:

Proposta Original de Tese

“É constitucional a *redução* do produto da arrecadação que lastreia o Fundo de Participação dos Municípios e respectivas cotas devidas às municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e ao IPI por parte da União”.

Tese Aprovada

“É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades”.

O foco da alteração, creditável à intervenção do Ministro Marco Aurélio, foi a palavra “redução”, a qual poderia gerar um *non sense*: como toda a lógica do julgamento foi a de que só seria factível repartir o que existe, de sorte que a frustração da arrecadação do imposto compartilhado já excluiria *a priori* eventual fração de uma receita inexistente (25% de R\$0,00 = R\$0,00), não haveria sentido cogitar-se de subtração propriamente dita, o que pressupunha, até matematicamente, que o valor a ser subtraído (subtraendo) compusesse aquele do qual ele será deduzido (minuendo).

E isso traz à luz o aspecto que a leitura reducionista do Caso Itabi relega à penumbra: na situação focalizada pela ACO 758/SE a receita tanto existia que era, ato contínuo ao seu recebimento, “carimbada” para os Programas federais – operacionalização não muito diferente da espécie esquadrihada no Caso Timbó, invocado pelo voto condutor do Ministro Marco Aurélio –, circunstância que levou o saudoso Ministro Teori Zavascki a observar que a espécie “não se ajusta[va], a rigor, à noção de renúncia fiscal”, “afinal, parte d[a receita] será reinvestida pelo ente federal”.

O *distinguishing*, assim, soa mesmo intuitivo. Mas seriam tais espécies as únicas em que parte do IR é “carimbada” para uma destinação específica? Os limites do pedido formulado pelo autor da ACO 758/SE podem ter dispensado o STF de dar uma resposta categórica para a pergunta, mas não impediram a Ministra Rosa Weber de se aprofundar sobre esse problema específico.

Com efeito, além de realçar a nota de acessoriedade dos Programas discriminados, registrando que “[n]a contabilidade pública, os incentivos vêm sendo considerados em conjunto, no grupo FINOR/FINAM/PIN/PROTERRA”, Sua Excelência, coerentemente, não tergiversou sobre o alcance amplo da sua formulação, preconizando a adição “à receita líquida, para fins de determinação do ‘produto da arrecadação’ a ser partilhado, [d]os incentivos fiscais consistentes na dedução, do próprio imposto a pagar, de valores destinados a órgãos, fundos ou despesas federais”.

Em tese, a *ratio decidendi* do Caso Itabi, quando devidamente compreendida, fornece toda a “matéria-prima” necessária para equacionar também o problema do IR “carimbado” para outras fontes federais (v. g., Fundos de Investimento do Nordeste e da Amazônia). Na prática, a “caricatura” que tem prevalecido no âmbito dos TRFs e a circunstância de apenas a Ministra Rosa Weber ter avançado sobre essas espécies na assentada da ACO 758/SE são um prelúdio de uma possível 5ª. fase da discussão.

3. O Problema Específico dos Benefícios de ICMS Não Autorizados pelo CONFAZ

Mais inacabado parece estar o capítulo alusivo ao ICMS, especificamente o concernente às perdas sofridas pelos Municípios em virtude dos incentivos concedidos à margem das balizas do poder de exonerar, nomeadamente pela preterição do Convênio exigido pelo art. 155, §2º., XII, “g”, da CF/88 e pela Lei Complementar 24/1975.

A princípio, o Caso Itabi também se encarrega de respondê-lo: sua lógica, vista de outro ângulo, remete à figura do “exercício regular de direito” – no caso, a prerrogativa do “sócio majoritário”, corolário da sua competência tributária, de conceder isenções e afins –, a qual, por definição, é condicionada à inoportunidade de falha ou excesso imputável ao causador do dano. De resto, somente com a abdução da palavra “regular”, constante da própria tese aprovada, essa particular circunstância poderia ser considerada neutra.

No entanto, a impropriamente designada “convalidação” prevista na Lei Complementar 160/2017 – pensada para salvaguardar os contribuintes de eventuais contingências, não para tornar irreparável um desfalque sofrido pelos Municípios que, a teor do *leading case*, deveria ser reparado – introduz uma nova variável, não contemplada no Caso Itabi, sobre a qual só se poderiam fazer prognósticos com base no que o STF já decidiu a propósito de outros temas, a começar pela sua histórica repulsa às tentativas de convalidação de atos inconstitucionais⁴.

Mais grave seria a LC 160/2017 se prestar à fulminação de ações já pendentes à época da sua promulgação – e virtualmente procedentes: se o STF tem tido grande cuidado com tais situações ao calibrar a eficácia temporal de seus julgamentos, para preservar a efetividade do acesso à Justiça, ele condescenderia com iniciativa de outro Poder que produzisse efeito equivalente? Pelo menos no célebre *leading case* relativo à LC 118/2005, a conclusão foi no sentido de que o novo prazo prescricional por ela definido só seria aplicável à demandas propostas após a *vacatio legis*⁵.

A se aguardar a (inevitável) 6ª. fase da discussão.

4. Considerações Finais

Sem dúvida, a discussão desenvolveu-se de forma errática no âmbito do STF. Mas nem o precedente mais lapidado teria grande utilidade se o juízos encarregados de replicá-lo não levassem a sério a mais elementar condição de possibilidade dessa missão: a extração conscienciosa da respectiva *ratio decidendi*. E a atual indefinição quanto ao tratamento das “receitas carimbadas” de IR é imputável muito menos à eventual falta de clareza do Caso Itabi do que à leitura reducionista da sua tese.

Paralelamente, vem adquirindo massa crítica um problema novo, que o Caso Itabi é incapaz de responder: se ações até então validadas pelo *leading case* seriam esvaziadas pela

“convalidação” dos incentivos de ICMS concedidos sem autorização do CONFAZ (Lei Complementar 160/2017).

Parece certo, assim, que o STF tem um encontro marcado com os novos (ou “novos”) capítulos da discussão.

1 P. ex.: STA 451 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 02/06/2011 (ICMS PE); RE 828.133 AgR/PB, 2ª. Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 22-09-2015 (ICMS PB); RE 607.100 AgR, 1ª. Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 02/10/2012 (IR); e RE 664.305 AgR-segundo, 2ª. Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 05/06/2013 (IR e IPI).

2 P. ex.: RE 736.497/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 30/05/2017; RE 741.252/PE, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 22/09/2017; RE 654.609/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01/06/2018; e RE 1.075.421/PE, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 07/02/2019.

3 TRF-1, Sétima Turma, AC 0084467-74.2015.4.01.3700, Rel. Des. Fed. Hércules Fajoses, DJ 26/10/2018; e TRF-5, Tribunal Pleno, Agravo Interno na AC 2007.83.05.000950-9, Rel. Des. Fed. Cid Marconi, DJ 17/08/2017.

4 P. ex.: ADI 2.158, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 15/12/2010; e AI 762.589 AgR, 1ª. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 03/08/2012.

5 RE 566.621-RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 10/10/2011.

Leonardo e Silva de Almendra Freitas – Ex-Membro da Comissão de Direito Tributário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Ex-Membro Efetivo do Conselho de Contribuintes de Teresina/PI; Sócio do Escritório Almendra Freitas Advocacia Empresarial; e Advogado (OAB 4.138/PI e 23.417-A/CE)