

A Lei de Responsabilidade Fiscal e o exercício da competência tributária - extensão, efeitos e constitucionalidade do art. 11 dessa lei complementar

Disponível em <https://jus.com.br/artigos/7940/a-lei-de-responsabilidade-fiscal-e-o-exercicio-da-competencia-tributaria>

[Ercias Rodrigues de Sousa](#) e [Thiago Morelli Rodrigues de Sousa](#)

Publicado em 02/2006. Elaborado em 12/2005.

O art. 11 prescreve sanção aos entes políticos que não exercerem, em sua plenitude, a competência tributária outorgada na Constituição Federal de 1988, no tocante aos impostos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. JUSTIFICATIVA DO TEMA.

O objetivo deste trabalho é analisar ponto específico da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja o artigo 11 daquele Diploma Complementar, que prescreve forma de sanção para os entes políticos que não exercerem, em sua plenitude, a competência tributária outorgada na Constituição Federal de 1988, no tocante aos impostos.

O estudo pretende abordar o tema da competência tributária, notadamente no tocante à facultatividade de seu exercício. Mais ainda, pretende tomar o texto da Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, no ponto aqui interessante, fixando considerações em torno da extensão do comando ali contido e, particularizadamente, analisando aspectos inerentes à sua adequação ou não à Constituição Federal, notadamente tendo como paradigmas os princípios constitucionais da **Moralidade** e da **Eficiência** Administrativas, em contraposição ao **Princípio Federativo**.

No primeiro caso, urge saber se, em face daquela disposição, ainda permaneceria incólume a **facultatividade**, como qualidade essencial do exercício da competência tributária, o que sempre foi afirmado pela nossa melhor doutrina. Depois, caminhando no raciocínio, cumpre fixar o juízo sobre a constitucionalidade ou não do quanto dispõe esse artigo da Lei Complementar 101/2000, tendo em conta que o assunto encontra-se, presentemente, sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, em controle direto de constitucionalidade.

2.A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. OS TERMOS DO ARTIGO 11 DESSA LEI COMPLEMENTAR.

A Lei de Responsabilidade Fiscal invoca como base os termos contidos no Capítulo II, do título VI, da Constituição Federal de 1988.

Esse ponto do Texto Maior cuida do tema relativo às finanças públicas. Assim, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1º daquele Diploma Complementar, *a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras,*

dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar.

Por seu turno, o artigo 11 daquela lei complementar assim preceitua: *Constituem-se requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação. Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.* (grifei).

Diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade tramitam no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o controle concentrado da constitucionalidade de vários dos dispositivos contidos nessa Lei Complementar. A de maior abrangência, a ADIN n.º 2238-DF, ajuizada por alguns Partidos Políticos^[01], teve, no tocante ao artigo 11, parágrafo único, indeferida por unanimidade a liminar requerida, estando ainda pendente de julgamento o seu mérito.

Duas questões saltam do texto e compõem tema de abordagem interessante, nos limites deste trabalho.

O primeiro ponto cinge-se em saber se, em face das disposições do artigo 11 e seu parágrafo, teria restado atingida a facultatividade, característica da competência tributária consoante aponta abalizada doutrina nacional.

Em um segundo ponto, urge o enfrentamento relativo à constitucionalidade ou não - notadamente em face do princípio federativo - do comando que afeta, de qualquer modo, o exercício dessa competência.

Abordaremos cada qual dessas questões nos dois próximos tópicos.

3.A FACULTATIVIDADE DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA À LUZ DO DISPOSITIVO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.

Sobre a competência tributária, já assentamos^[02] *ser ela entendida, com todo acerto, como a outorga, entre nós de índole constitucional, endereçada aos entes políticos para que estes possam, por meio dos instrumentos legislativos de que dispõem, criar os tributos de sua alçada.*

Mais ainda, tem remarcado a doutrina, várias de suas notas características. Dentre estas, estaria a ressaltar a **facultatividade** de seu exercício.

Com efeito, salientam Roque Antonio Carrazza^[03] e Paulo de Barros Carvalho^[04], dentre outros, possuir a competência tributária essa característica, apenas averbando que em relação ao ICMS, dada sua importância diante da higidez do princípio federativo, essa facultatividade restaria de certo modo atingida, pois que a não instituição desse tributo representaria afronta à *par conditio* entre os Entes Federativos, criando verdadeiro *paraíso fiscal*, no seio da federação.

A questão que se põe é saber se em face dos termos do artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ainda persistiria essa facultatividade, no exercício da competência tributária.

De nossa parte estamos convictos de que o sistema, agora, possui expressa determinação no sentido do pleno exercício dessa competência, como requisito essencial da **responsabilidade** na gestão fiscal. Coerente com a marca que lhe é própria, o sistema jurídico brasileiro impõe, desde o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, expressa sanção àqueles entes omissos na instituição dos **impostos** a seu cargo, qual seja, a vedação a que recebam - em seus orçamentos - valores em transferências voluntárias. A Lei de Responsabilidade Fiscal não toca, e não poderia mesmo fazê-lo, naquelas transferências constitucionais a que se referem os artigos 157 e seguintes, do Texto Magno, substanciadoras do que já se adjetivou como sendo o **federalismo fiscal**, por meio do qual recursos oriundos da arrecadação de certos tributos são repartidos entre os diversos Entes Políticos.

Assim, retomando o raciocínio, o não exercício da competência tributária, em sua inteireza, conquanto se possa dar, acarreta, na nova ordem jurídica inaugurada com a Lei de Responsabilidade Fiscal, conseqüências eventualmente prejudiciais ao Ente Público. De concluir-se, então, que a característica da facultatividade do exercício da competência tributária, resta mesmo atingida, na medida em que a omissão tem, agora, expressa resposta negativa, dada pelo Sistema Jurídico, por meio da vedação do recebimento de créditos, implementada na Lei de Responsabilidade Fiscal.

É evidente que a questão ainda demanda outros desdobramentos, no ponto em que se adote como útil a classificação dos tributos em **fiscais** e **extrafiscais**, por exemplo.

Assim, o não exercício da competência em relação a tributos de natureza predominantemente arrecadadora, implica diretamente em renúncia fiscal, enquanto a mesma omissão, desta feita relacionada a tributos de índole predominantemente extrafiscal, estaria a acarretar, também predominantemente, apenas omissão no uso de instrumento de regulação da atividade econômica, não exercendo, no mais das vezes, influência relevante no volume de recursos financeiros aportados ao orçamento daquele Ente Público.

Assim, nos parece que a extensão da aplicabilidade do artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal se daria tão-somente no tocante à não-instituição de impostos com marcada característica fiscal, sendo inaplicáveis as sanções ali previstas se se der, a omissão, na instituição de impostos extrafiscais. De qualquer modo, os entes políticos que mais dependem de transferências voluntárias - Estados e notadamente Municípios - possuem competências tributárias, no tocante aos impostos, com conotação fortemente arrecadatória, o que torna bastante plausível a incidência do dispositivo da Lei Complementar ora comentado.

Assente-se ainda o fato de que a competência tributária, após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, apresenta essas especiais cores, que impulsionam o Estado - em qualquer de suas esferas - e em nome da **responsabilidade** e da **transparência**, a dar efetividade ao processo legislativo de instituição dos **impostos** sob sua competência.

Neste específico ponto, ainda uma outra questão assume importância. É que a instituição de tributos exige legalidade estrita e consoante tem assentado o Supremo Tribunal Federal em vários Mandados de Injunção ^[05], a omissão legislativa não encontra, naquele remédio constitucional, solução no sentido de obrigar o legislador a editar o comando, ou o que seria ainda mais contundente, não se pode dar a fixação do regramento faltante, pelo Tribunal. Assim, restringem-se mesmo os efeitos jurídicos da omissão no exercício da competência tributária, àquela vedação de repasse voluntário de recursos orçamentários, pois que essa omissão, em si - omissão legislativa - não encontra, no sistema posto, qualquer providência curativa.

Com esses *temperos* acima trazidos, não temos dúvidas em afirmar que a facultatividade do exercício da competência tributária, que já conhecia limitações, como no aventado caso do ICMS, experimenta agora novo paradigma: o sistema de direito positivo brasileiro acena com sanção de natureza orçamentária - questão eminentemente jurídica - àqueles entes políticos que se mostrarem desidiosos em instituir os **impostos** sob sua competência.

Embora não se possa asseverar ter sido extinta aquela facultatividade, até porque, como acentuamos acima, o sistema de direito positivo não possui qualquer remédio hábil a colmatar aquela lacuna legislativa, impõe-se séria limitação à facultatividade do exercício da competência tributária, no ponto em que se limita o acesso a certos recursos orçamentários, diante daquela omissão.

4.0 EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE DA DISCIPLINA CONTIDA NO ARTIGO 11 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS. A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE ENTRE PRINCÍPIOS E DIREITOS.

O segundo ponto a ser enfrentado diz respeito à constitucionalidade da limitação posta no citado artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É da estrutura do direito positivo constitucional a convivência entre princípios. Mais ainda, essa convivência exige que episodicamente seja promovido pelo aplicador o afastamento do *campo de tensão*, entre eles, no que a doutrina, aqui e alhures, tem denominado PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Por esta regra de hermenêutica constitucional, deve-se emprestar o máximo de extensão aos conceitos e valores encerrados nos princípios constitucionais, de modo a que todos convivam entre si e, assim, se outorgue o máximo de proteção e aplicabilidade a todos eles. Essa técnica impõe, logo se vê, mútuas limitações dos direitos. Aliás, a convivência de mitigação dos direitos é tema aceito de modo generalizado, por mais caros que sejam esses direitos, pois como salienta GOMES CANOTILHO ^[06], *a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma "lógica do tudo ou nada" antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu "peso" e as circunstâncias do caso.*

O entendimento doutrinário assim posto encontra eco em nossa melhor jurisprudência, como se pode inferir do aresto oriundo do E. Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido*

em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." (RTJ 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

No tema aqui tocado, pode-se argumentar que o **princípio federativo** implicaria, *a priori*, na inconstitucionalidade da limitação à facultatividade de instituição dos impostos, criada pelo artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Cremos que a questão comporta, no entanto, outros desdobramentos, notadamente na confluência desse princípio com o tema relativo à moralidade e eficiência administrativas. É o que passaremos a desenvolver.

[...]

Este texto foi publicado no Jus no endereço <https://jus.com.br/artigos/56614>
Para ver outras publicações como esta, acesse <https://jus.com.br>

Como a Competência Tributária é facultativa, embora a Lei de Responsabilidade Fiscal a coloque como obrigatória

[Wagner Martins Furtado](#)

Publicado em 03/2017. Elaborado em 03/2017.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelecendo novo modelo de governança fiscal, estabeleceu a obrigatoriedade de instituir tributos. Como fica então a facultatividade da competência tributária como nos diz o CTN?

Resumo: Tendo em vista a forma federativa de terceiro grau adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, insculpido na Constituição da República de 1988, tem-se como entes federados autônomos a União, os Estados e os Municípios. Dentro desse contexto, fez-se necessário a distribuição e a delimitação da legitimidade para instituir tributos, a qual deu-se o nome de Competência Tributária. Em razão da autonomia dos entes federativos, tal competência tem, entre outras, a característica da facultatividade, podendo ser exercida ou não, a depender de critérios fiscais, extrafiscais e até mesmo políticos de cada Ente. A Lei de Responsabilidade Fiscal explicitando um novo modelo de governança fiscal, por meio de limites de gastos públicos e incremento de receitas, estabeleceu a obrigatoriedade de instituir exações, tributos, prevendo inclusive restrições sancionatórias em decorrência da não instituição. Este trabalho tem como desiderato tratar desse aparente conflito ou antinomia apontando soluções de interpretação e de aplicação.

Palavras-chaves: Competência Tributária. Facultatividade. LRF. Constitucionalidade.

Abstract: In view of the federative form of third degree adopted by the legal order of the country, inscribed in the Constitution of the Republic of 1988, the autonomous federated entities are the Union, the States and the Municipalities. Within this context, it became necessary to distribute and delimit the legitimacy to institute taxes, which was called Tax Jurisdiction. Due to the autonomy of federal entities, this competence has, among others, the characteristic of the faculties, being able to be exercised or not, depending on fiscal, extra-fiscal and even political criteria of each entity. The Fiscal Responsibility Law, explaining a new model of fiscal governance, through public expenditure limits and revenue growth, established the obligation to institute taxation, including penalties for non-establishment. This work has as desiderato to deal with this apparent conflict or antinomy pointing solutions of interpretation and application.

Keywords: Tax Jurisdiction. Facultativity. LRF. Constitutionality.

Sumário: Introdução. 1. Da facultatividade da Competência Tributária. 2. Da Obrigatoriedade do Exercício da Competência Tributária. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar-se mais a fundo no cotejo da questão, é primordial tecer breves considerações sobre aspectos introdutórios acerca da Competência Tributária. Tem-se que ela é o poder de instituir tributo, adotando-se para discriminá-los a teoria pentapartida, a qual tem como espécies do gênero tributo: os Impostos, as Taxas; as Contribuições de Melhoria; os Empréstimos Compulsórios e as Contribuições Especiais.

Vale observar que, nesse contexto, a Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública foi colocada como uma espécie do gênero Contribuição Especial, à guisa de opiniões contrárias que a entende como gênero sui generis e autônomo.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao que prescreve o artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988; “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Por tal dispositivo chega-se à conclusão de que imposição de conduta deve ser descrita por lei, insculpindo o famoso Princípio da Legalidade Ampla.

Na seara tributária, o artigo 150, I da Lei Maior cristaliza o Princípio Tributário da Legalidade ao prever a necessidade de que uma lei, ou ato normativo com sua força (Medida Provisória), seja editada para instituir ou aumentar um tributo. Assim dispõe o artigo: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:” e o inciso I completa: “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Das ideias expostas acima, chega-se nas seguintes premissas: a) Todos os tributos são instituídos ou aumentados por lei, essa é a regra, cujas exceções não são objeto deste artigo e b) Somente quem possui poder legislativo, órgão legiferante, pode instituir ou aumentar um tributo. Postas tais considerações, passa-se mais detidamente ao objeto de tal trabalho.

2. DA FACULTATIVIDADE DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Embora os Entes Políticos não possam delegar nem renunciar sua competência tributária, eles são livres para dela se utilizar ou não, vale dizer, a competência tributária para instituir determinado tributo poderá não ser exercida por um longo período de tempo, isso porque o exercício da competência tributária não está adstrito a um prazo decadencial, é a inaducabilidade.

Por essa razão o artigo 8º do Código Tributário Nacional (CTN) dispõe: “O não exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído.”

A pessoa política pode criar o tributo segundo sua discricionariedade, adotando critérios de conveniência e oportunidade que lhes forem próprios, com viés de arrecadação por meio dos tributos chamados fiscais, ou meramente político e não fiscal com os chamados tributos extrafiscais.

Por oportuno destacar a diferença entre competência e capacidade tributária. Esta é a capacidade para ser sujeito ativo da relação tributária por força de disposição constitucional ou legal do ente tributante, sendo delegável podendo inclusive ser transferida para outra pessoa jurídica as atividades atinentes a fiscalizar e arrecadar. Diferente daquela que é privativa, indelegável, incaducável, inalterável, irrenunciável e facultativa.

Todo Ente que possui competência tributária contém capacidade tributária, mas tal capacidade pode ser delegado a outra pessoa jurídica que não possua competência tributária, o espectro de tal delegação somente abrange a posição ativa, ou seja, ser credor do tributo, bem como as atribuições administrativas (arrecadar e fiscalizar) inerentes ao polo ativo da relação jurídica tributária, definindo assim a Capacidade Tributária Ativa.

Ultrapassada tal diferenciação, é importante perceber que a Constituição Federal apenas outorga aos entes tributantes o mister de instituir tributos, nossa Lei Maior não instituiu tributo algum. Ela tão somente elenca o exercício da competência tributária para cada ente da federação, dispondo como uma faculdade inserida na autonomia federativa de cada um deles, conforme o artigo 18 caput da CR/88: “ A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

As pessoas políticas são livres para utilizar das competências tributárias atribuídas pela Constituição ou não. Isso é o que se depreende do artigo 145, caput do CR/88: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:”. É oportuno lembrar o exemplo do imposto sobre grandes fortunas, tributo de competência da União instituído por lei complementar, como determina o artigo 153, VII, da Constituição Federal, e que até hoje não foi criado.

[...]