

## Bernardo Franco: Proatacadista não se inclui no conceito de guerra fiscal

O Distrito Federal, por meio da Lei distrital 4.731, de 29 de dezembro de 2011, criou o Programa de Fomento à Atividade Atacadista (Proatacadista), direcionado ao desenvolvimento do segmento atacadista instalado na capital. O programa destina ao setor alíquotas do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que variam entre o mínimo de 7% (sete por cento) e o máximo de 12% (doze por cento), nas operações internas, de acordo com o parágrafo 1º de seu artigo 1º.

Se considerarmos o Proatacadista como política de incentivos fiscais de ICMS, a precedente celebração de convênio interestadual seria mandatária, para que o Distrito Federal pudesse colocá-lo em prática (art. 155, § 2º, XII, g, da CF). Acontece que a sua instituição não foi antecedida por essa formalidade, o que poderia dar causa à declaração da inconstitucionalidade da Lei 4.731, que o criou.

Há algum tempo a questão relativa aos incentivos de ICMS ocupa a pauta do Supremo Tribunal Federal (STF). A guerra fiscal, como ficou conhecida a concessão unilateral de benefícios do imposto pelos estados e pelo Distrito Federal, é prática sabidamente repelida pela jurisprudência daquela Suprema Corte. Todavia, não é toda alteração na estrutura de tributação do ICMS, da qual decorra redução de seu ônus fiscal, que pode ser objeto de rejeição judicial.

O STF formulou, no passar dos anos, um conceito jurisprudencial de guerra fiscal, para servir de baliza às decisões adotadas nos casos de impugnação às políticas de estímulos relativos ao ICMS. Pela noção desenvolvida, apenas deflagram a guerra fiscal aqueles incentivos estaduais de ICMS que, além de não contarem com a autorização dos demais estados, objetivam a atração de investimentos produtivos privados para os territórios das unidades concedentes. Assim, ficam excluídos do conceito os benefícios de ICMS que, independentes da exigência de consenso intergovernamental, intentam manter o nível de atividade econômica, para preservar e/ou gerar empregos, em situações de instabilidade econômico-social.

No julgamento de Medida Cautelar à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.021/SP, a discussão era exatamente essa. O ministro Celso de Mello, em seu voto, assinalou que “*o diploma legislativo (...) editado com o propósito de viabilizar o enfrentamento da questão social, hoje agravada pelo preocupante aumento dos índices de desemprego, não cria nem introduz a anômala situação de guerra tributária (...)*”.

Na ocasião, os ministros Celso de Mello e Nelson Jobim<sup>[1]</sup> defenderam que a utilização de instrumentos especiais de tributação, no abrandamento do ônus fiscal do ICMS para o contribuinte, não caracterizaria disputa tributária, quando aplicados (os instrumentos especiais) diante de quadras de premência socioeconômica. Isso, claro, desde que, na hipótese, seja dispensável a celebração de convênio intergovernamental, para a execução da política.

Segundo dados apurados pelo Sindicato do Comércio Atacadista do Distrito Federal (Sindiatacadista-DF), o setor emprega 30 (trinta) mil pessoas e abastece 80 (oitenta) mil pontos de venda na capital. Percebe-se que o setor presta contributo bastante significativo, na sustentação das políticas sociais e

---

econômicas distritais

Avaliando o Proatacadista sob esse prisma, podemos afirmar que o desiderato principal do programa não é o de atrair investimentos privados, senão o de preservar aqueles já realizados, há mais de 10 (dez) anos. Além do mais, no regime instituído não há qualquer discriminação quanto à origem das mercadorias, o que reforça a assertiva de que não se trata de política de captação de investimentos para o setor. Vale notar, também, que o piso mínimo de 7% fixado pelo programa diz respeito às operações internas, em nada prejudicando as finanças dos outros estados. Realmente, o único que assume o ônus financeiro-fiscal do Proatacadista é o seu próprio instituidor, o Distrito Federal.

Surge, então, outra questão: de acordo com o artigo 155, parágrafo 2º, VI, da CF, as alíquotas internas do ICMS não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Atualmente, são duas as principais alíquotas interestaduais, estabelecidas pela Resolução do Senado Federal 22/1989: de 12% (doze por cento) e de 7% (sete por cento), sendo essa última aplicável às operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao estado do Espírito Santo.

Como já visto, o Distrito Federal, ao instituir o Proatacadista, fixou o piso mínimo de 7% (sete por cento), para as alíquotas internas aplicáveis às operações realizadas pelos atacadistas optantes pelo regime. Presume-se que o legislador distrital interpretou o conjunto das normas que limitam a concessão de benefícios e a alteração das alíquotas internas de ICMS, da seguinte maneira: fixar a alíquota interna em 7% é possível, uma vez que existe alíquota interestadual no mesmo patamar, o que não implica a concessão de benefício fiscal, dispensando a autorização prévia dos demais estados.

O problema foi objeto de deliberação, no âmbito do STF, no julgamento da ADI 1.978/SP. Na posição de relator da ação, o ministro Nelson Jobim asseverou, em voto atinente à concessão de Medida Cautelar à ADI, a possibilidade de fixação de alíquota interna de ICMS, a partir do patamar mínimo de 7% (sete por cento), independentemente da celebração de convênio interestadual:

O inciso VI, do parágrafo 2º do artigo 155, da CF, dispõe que "... as alíquotas internas ... não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais". (...) Como é de 7% a alíquota interestadual mínima, dispensável a deliberação dos estados para a fixação de alíquota interna, se esta é igual ou superior à alíquota interestadual. (...) O Convênio só era exigível se a alíquota (...) fosse inferior à alíquota interestadual. (...)

Diante do fim da vigência da lei impugnada na ADI 1.978/SP, a questão não pôde ser decisivamente enfrentada. A ação perdeu o seu objeto e foi declarada prejudicada. O mesmo se passou no julgamento de Medida Cautelar à ADI 1.979/SC, em que se discutia igual problemática.

Sobreveio, então, o julgamento da já referenciada Medida Cautelar à ADI 2.021/SP. Na oportunidade, além dos debates a respeito do envolvimento de fatores socioeconômicos na determinação das políticas fiscais do ICMS, foi agitado o tema do patamar mínimo das alíquotas internas desse imposto. Vez mais, o ministro Nelson Jobim afirmou: "*Como é de 7% a alíquota interestadual mínima, dispensável a deliberação dos Estados para a fixação de alíquota interna (...)*".

O ministro Celso de Mello acompanhou o voto do ministro Jobim, no tocante ao patamar mínimo de 7%,

para a fixação das alíquotas internas de ICMS, consentindo, também, que, para esse fim (para fixar alíquotas internas no piso de 7%), a celebração de Convênio intergovernamental no âmbito do Confaz seria desnecessária. Contudo, a exemplo do que ocorreu nas ações diretas 1.978/SP e 1.979/SC, adveio a cessação dos efeitos da lei impugnada na ADI 2.021/SP, o que resultou na perda de objeto da ação, que foi julgada prejudicada, sem que o mérito fosse enfrentado.

A discussão permanece em aberto. Certo é que a composição do STF mudou bastante, desde os primeiros debates relativos ao piso mínimo de alíquotas internas do ICMS. Isso dificulta, ainda mais, qualquer previsão sobre os possíveis desfechos para a questão.

A despeito dessas ressalvas, nos permitimos concluir: (i) o Proatacadista não se volta à atração de investimentos privados no território do Distrito Federal, o que o exclui do conceito de guerra fiscal; verdadeiramente, o intento primacial do programa é a manutenção dos níveis de emprego do setor e a preservação do capital já aplicado nesse segmento de atividade econômica, há mais de 10 (dez) anos; (ii) a alíquota mínima interna fixada pelo programa se harmoniza com o artigo 155, parágrafo 2º, VI, da Constituição Federal, vez que ocupa a mesma posição da menor alíquota interestadual definida pelo Senado Federal; (iii) a alteração promovida pela Lei distrital 4.731/11 independe da aprovação prévia dos demais estados, porque não introduz nenhum dos incentivos fiscais arrolados na CF e na LC 24/75, que dependeriam de convênio, para serem concedidos.

[1] Note-se bem que essa decisão concerniu à concessão de Medida Cautelar, sem enfrentamento do mérito. Como, no curso da ação, a Lei questionada perdeu a vigência, o debate não chegou a ser ultimado.

**Date Created**

23/08/2012