

A inconstitucional unanimidade do Confaz e o Convênio 70

Spacca

Entender um problema é colocá-lo em perspectiva histórica a fim de que seja possível visualizar todos os aspectos envolvidos. Tratar de guerra fiscal, da Súmula Vinculante 69 e do surpreendente Convênio 70/2014 não foge a esta regra. Entendo que a gênese deste problema encontra-se em uma errônea perspectiva adotada pela Constituição de 1988 quanto ao federalismo fiscal.

O federalismo fiscal é uma fórmula financeira para melhor distribuir os recursos públicos em um território politicamente considerado, pois sobre o espaço geográfico superpõem-se os desdobramentos político-administrativos. Assim, uma coisa é o poder de tributar que incumbe aos Estados nacionais; outra é dar conta da distribuição desse recurso entre diversos entes federativos, qualquer que seja seu *nomen juris* (União, Estados, municípios, províncias, regiões, comunidades autônomas entre outros). Na definição de Régis Fernandes de Oliveira: “significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos para assegurar-lhes meios para atendimento de seus fins (...) Não só dos tributos, no âmbito tributário e professor, receitas não tributárias, como as decorrentes da exploração de seu patrimônio (preço), da prestação de serviços decorrentes da concessão ou da partilha do produto da produção, de energia elétrica e da produção mineral, na forma do parágrafo 1º, do artigo 20, da Constituição Federal.” Expus esta situação em outro texto, recentemente transformado em livro[1] Dentro dessa linha, o estudo do federalismo fiscal pode ser dividido em duas grandes áreas: o *federalismo fiscal tributário*, que diz respeito ao rateio da arrecadação advinda dessa espécie de receita e seus acréscimos, e o *federalismo fiscal patrimonial*, que trata do rateio das receitas originárias, que envolvem a exploração do patrimônio público, seja o que advêm da exploração de recursos naturais[2], seja o das receitas dos programas de desestatização ou de fontes semelhantes.

Na Constituição de 1988, e em sua regulamentação, foi construída a seguinte sistemática para o ICMS, inserida dentro do escopo de realização de um verdadeiro *federalismo cooperativo* no Brasil:

1. Foi atribuída competência aos estados para instituir o ICMS, que é um tributo sobre a circulação de mercadorias, e nele ainda foram incluídas outras incidências anteriormente tributadas pelo sistema de impostos únicos (IUM, IUEE entre outros, que foram extintos em 1988).
2. Não foi atribuída toda a receita do ICMS ao estado de origem, pois isso transformaria os estados menos desenvolvidos em verdadeiros *feudos* dos estados mais desenvolvidos. Em face da desigualdade existente entre as regiões do país, o Senado Federal (artigo 155, parágrafo 2º, IV, Constituição Federal) editou a Resolução 22/89, na qual foram determinadas as seguintes alíquotas para as operações interestaduais de ICMS, nas quais, como pode ser visto abaixo, foram estabelecidos critérios diferenciados de apropriação da receita a partir da origem das mercadorias:

a) *Regra geral*: O Estado de origem fica com 12% e o de destino com 5%;



b) *Regra dos desiguais*: Mercadorias oriundas do Sul e Sudeste (exceto ES) para as demais regiões do país = o Estado de origem fica com 7% e o de destino com 10%

Assim, a *regra geral* é que nas transações interestaduais a maior parte do ICMS fique no estado de origem, onde está localizado o vendedor (12%), e a menor no estado de destino, onde está localizado o comprador (5%).

Todavia, partindo-se da constatação de que a maior parte da produção brasileira ocorre nos estados das Regiões Sul e Sudeste, excetuado o estado do Espírito Santo, nas vendas que forem realizadas a partir destes para compradores localizados nas Regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste, e incluindo o Estado do Espírito Santo, a regra geral acima é modificada, adotando o que se denomina de *regra dos desiguais*: o Estado do Sul e do Sudeste (menos o do Espírito Santo) de onde são originadas as mercadorias, ficará com a menor parte, (7%), enquanto que o do destino das mercadorias ficará com a maior parte (10%).

3. Mantendo viva uma legislação do período autoritário, a Lei Complementar 24/75 (artigo 34, parágrafo 8º, ADCT), foi colocado nas mãos de um órgão fazendário, o Confaz, a harmonização do sistema (“*regular provisoriamente a matéria*”) — porém esse órgão não entendeu muito bem o que quer dizer “harmonização do sistema” e acabou por se tornar um legislador positivo, muitas vezes criando incidências — o que é inconstitucional —, em especial nos primórdios de sua atuação pós-88.

4. Ainda decorrente desse processo de aproveitamento da legislação do período anterior, incorporou-se à legislação democrática que deveria advir com a Constituição de 1988 um *contrabando normativo autoritário* da Lei Complementar 24/75, que previa a *unanimidade* das deliberações do Confaz referente às renúncias fiscais^[3].

A consequência do descumprimento da regra acima informada seria, de forma cumulativa^[4]: a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria e a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido, além da ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Desta forma, o que deveria ser a organização de um sistema tributário nacional acabou por se tornar uma colcha de retalhos, com o aproveitamento de diversas normas de um período anterior, que não se coadunava com o espírito democrático e a nova conformação de federalismo fiscal que se pretendia. Afinal, a ideia de *federalismo cooperativo* não tem nenhuma vinculação com a sistemática impositiva com que eram tratados estados e municípios sob a égide do regime militar que deveria ter se encerrado normativamente com o advento da Constituição de 1988. Porém, como visto, *permaneceram resquícios daquele sistema autoritário* dentro de um *regime democrático*, tal como o *contrabando normativo autoritário* da *unanimidade decisória* no Confaz.

Será constitucional a exigência de *unanimidade* pelo Confaz? A pergunta é direta e específica. Não se busca saber se a Lei Complementar foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 — disso não restam dúvidas, até mesmo pelo texto da Carta, que à essa lei faz referência expressa (artigo 34, parágrafo 8º, ADCT). O que se busca saber é se norma constante do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei Complementar 24/75 é constitucional. O texto é o seguinte: “Art. 2º – Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e



do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. §2º – *A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.*”

Analisando as incontáveis decisões do STF sobre guerra fiscal do ICMS são encontradas várias deliberações sobre a constitucionalidade da exigência de *prévios* convênios no âmbito do Confaz para validar a concessão de renúncias fiscais. Porém não foram vislumbrados debates sobre a peculiaridade dessa exigência, que é a da regra de unanimidade.

Observe-se que a exigência de *unanimidade* não existe nem mesmo para alterar a Constituição. As propostas de emenda constitucional devem ser aprovadas por 3/5 (três quintos) dos votos dos membros do Congresso Nacional. Todo o processo legislativo possui regras de aprovação inferiores a esta proporção de 3/5, sendo a regra geral a de metade mais um dos membros das Casas Legislativas (artigo 47, Constituição Federal). Mesmo a aprovação de Súmulas Vinculantes pelo STF exige a concordância de apenas 2/3 de seus membros (artigo 103-A, *caput*, Constituição Federal).

Logo, será constitucional esta exigência estabelecida em Lei Complementar? Trata-se da *única regra de aprovação unânime existente em todo o sistema político brasileiro!*

Já mencionei em [outra coluna](#) que um grupo de especialistas do qual faziam parte Paulo de Barros Carvalho, Ives Gandra da Silva Martins, Everardo Maciel e Marco Marrafon recomendou a manutenção da regra da unanimidade nas deliberações do Confaz, arguindo inclusive que sua alteração feriria a Constituição. E que Regis Fernandes de Oliveira trilha caminho distinto, com o qual me alinho, pela não recepção da norma que impõe a unanimidade^[5]. *Pela lógica da unanimidade, o Confaz se torna o dono do ICMS e não cada Estado individualmente considerado. O Confaz tem um papel de harmonização fiscal em um Estado Democrático de Direito, e não de Coação Fiscal, própria do período em que foi criado. Durante o autoritarismo a regra da unanimidade possuía uma lógica interna ao sistema; durante o período democrático esta norma não pode prosperar, pois não encontra amparo em nenhuma norma constitucional.*

Esta exigência de unanimidade do Confaz não é inconstitucional, ela simplesmente não foi recepcionada. A referência efetuada pelo artigo 34, parágrafo 8º do ADCT à Lei Complementar 24/75 realizou a recepção da norma, mas não em sua inteireza. A regra da unanimidade simplesmente não foi recepcionada por falta de norma que a ampare sob a égide da Constituição de 1988. Entendo que o artigo 2º, parágrafo 2º da Lei Complementar 24/75 não foi recepcionado pela atual Constituição em face do Princípio Federativo e do Princípio Democrático, pois, da forma como se encontra estruturado, é possível a um único Estado da Federação bloquear uma deliberação que seja relevante para o conjunto dos demais entes federados. Isso não está auxiliando ou permitindo o desenvolvimento federativo, ao contrário, está matando a Federação. Nem mesmo uma proposta de Emenda Constitucional que contivesse este tipo de obrigatoriedade poderia ser analisada, por ferir cláusula pétrea de nossa Constituição (artigo 60, parágrafo 4º, I, Constituição Federal).

O STF está analisando a constitucionalidade da LC 24/75 como um todo, até mesmo porque não foi chamado a analisar especificamente a norma do artigo 2º, parágrafo 2º da LC 24/75, que é onde se encontra o problema a ser enfrentado. O ponto central da discórdia não é o sistema de Convênios, mas a exigência de unanimidade do Confaz. Como as ADI que foram propostas pedem a invalidade de normas



estaduais que descumpriram o trâmite da LC 24/75, o debate judicial está circunscrito a esta análise, não observando que o problema é pontual — e que este específico ponto não está sendo analisado pelo STF para a aprovação da Súmula Vinculante 69, e reside no artigo 2º, parágrafo 2º da LC 24/75, e não na totalidade da referida lei.

Surpreendentemente veio a lume em 30 de julho o [Convênio Confaz 70/2014](#) no qual são estipuladas as linhas gerais para a concessão de anistia e de remissão dos débitos de ICMS concedidos unilateralmente pelos estados. Observa-se que, por se tratar de uma deliberação de apenas 20 estados, o Convênio 70/14 não contém força normativa. Supõe-se que os demais ainda aguardem a confirmação da contrapartida exigida pelos estados à União para o fim da guerra fiscal. Tais exigências são, dentre outras: a renegociação dos juros e da correção monetária das dívidas dos entes federativos com a União; edição de Resolução, pelo Senado Federal, estabelecendo a redução das alíquotas do ICMS nas operações interestaduais; promulgação de Emenda Constitucional visando modificar a alíquota do ICMS nas operações de vendas pela internet a consumidor final, a fim de que seja aplicada a mesma fórmula das operações interestaduais; e ainda, a criação de Fundos Financeiros, considerados como transferências obrigatórias não sujeitas a contingenciamento, no valor de R\$ 55 bilhões pelos próximos cinco anos a serem desembolsados pela União aos Estados; e do afastamento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à esta remissão e anistia, dentre outras exigências.

Certamente este Convênio decorre do acirramento dos ânimos no Confaz, esgarçando ainda mais o frágil tecido federativo atualmente existente.

Ao ler estas exigências tive a impressão de estar defronte de um pedido de resgate de reféns ao invés de uma negociação entre entes federados. Lembrei-me de um velho ditado que diz, que quando o mar briga com as rochas, quem sofre são os mariscos. Neste caso, o marisco, ou o refém, são os contribuintes — todos nós. Ou a União paga o que os estados exigem ou os reféns/contribuintes serão executados/cobrados.

Colocado o problema sob o ponto de vista do contribuinte nesta disputa interfederativa, é melhor que o STF analise urgentemente a exigência de votações unânimes pelo Confaz. O preço do resgate poderá ser menor.

[1] Regis Fernandes de Oliveira, Curso de direito financeiro cit., p. 42.

[2] Para este assunto ver *Royalties do Petróleo, Minério e Energia – Aspectos constitucionais, financeiros e tributários*, de Fernando Facury Scaff (SP: RT, 2014).

[3] Conforme o texto da norma: isenções, redução da base de cálculo; devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, ao responsável ou a terceiros; a concessão de créditos presumidos; e a concessão de quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus fiscal. Arts 1º e 2º, LC 24/75

[4] Art. 8º, LC 24/75

[5] Regis Fernandes de Oliveira, *Exigência da unanimidade na concessão e estímulos fiscais e a constitucionalidade da LC 24/75, (Sanções para quem descumpra a glosa de créditos)*. In: Congresso Nacional de Estudos Tributários – Sistema Tributário Nacional e a Estabilidade da Federação brasileira, Alcides Jorge Costa *et all.* SP: Noeses, 2012, págs. 848/849

Date Created



12/08/2014