

Novas batalhas da guerra fiscal e a emenda constitucional 87



Começo a coluna de hoje louvando a indicação de Luís Edson Fachin para

compor o Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um advogado combativo e um renomado e qualificado professor universitário, titular da cadeira de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná. Dentre outros méritos, coordenou por dois anos a área de Direito na CAPES/MEC por indicação dos Programas de Pós-Graduação em Direito no país. Espero que o Senado Federal reconheça sua reputação ilibada e seus inegáveis méritos e confirme a indicação. Estou seguro que o país ganhará mais um justo e imparcial ministro no Supremo Tribunal Federal, que honrará a todos nós.

Por falar em Senado, registra-se que o Poder Legislativo federal anda trabalhando em ritmo frenético. Em 17 de março foi promulgada a Emenda Constitucional 86, que criou uma espécie de orçamento impositivo à brasileira, [aqui](#) comentado. Semana passada, em 16 de abril — menos de 30 dias —, foi promulgada a [Emenda Constitucional 87](#), que registra uma nova batalha na guerra fiscal instalada no país. Os assuntos envolvendo o Direito Financeiro andam em alta na nossa República.

A guerra fiscal é a disputa entre os estados da Federação pela atração e manutenção de investimentos privados para seu território. Para tanto, usam da melhor arma que possuem, o ICMS, imposto sobre operações de circulação e bens e alguns serviços. Na verdade, cada estado renuncia o imposto que lhe é de direito. Nenhum o faz referente a imposto pertencente a outro estado. Se o estado de Goiás vende mercadorias para Minas Gerais e concede redução de imposto, está renunciando àquilo que a Constituição lhe atribuiu como receita própria, não sendo possível ao Estado de destino, no exemplo o de Minas Gerais, cobrar o que a Constituição não lhe concedeu o direito de fazê-lo. Esta distinção entre o ICMS que pertence ao Estado de origem e de destino é um preceito de rateio federativo de receitas, conhecido pelo nome de *federalismo fiscal*.

Ocorre que a situação não é tão simples como acima apontado. A Lei Complementar 24/75 estabelece que qualquer renúncia de receitas seja expressamente autorizada pelo CONFAZ, que é um órgão composto por todos os Secretários Estaduais de Fazenda e presidido pelo Ministro da Fazenda. Esta Lei

Complementar foi expressamente recepcionada pela Constituição através do art. 34, §8º do ADCT. Todavia, isso não ocorreu *in totum*, pois, segundo meu ponto de vista, um determinado parágrafo dessa Lei Complementar não foi recepcionado pela Constituição de 1988, qual seja, o art. 2º, §2º, que estabelece a exigência de *decisão unânime de todos os Secretários de Fazenda Estaduais* para que ocorram renúncias fiscais de ICMS. [Já tratei desse assunto](#) com maior ênfase em outra ocasião.

Este parágrafo não foi recepcionado pela democrática Constituição de 1988 pois foi criado no período autoritário, e uma norma que exige unanimidade de votos é incompatível com o princípio democrático, uma vez que cria um *poder de veto*, ao invés do *poder de voto*. *Quando há uma maioria de todos menos um – necessária para se chegar à unanimidade, este único voto deixa de ser voto, para se transformar em veto.*

Exatamente por esse motivo esta exigência de unanimidade é inconstitucional em face da Constituição de 1988, não tendo sido recepcionado pela atual ordem democrática, tendo sido válido no âmbito da ordem jurídica autoritária da Constituição de 1967/69. A exigência de unanimidade viola o Princípio Federativo e o Princípio Democrático da Constituição atual. O Supremo Tribunal Federal nunca se pronunciou sobre a constitucionalidade desse parágrafo, embora sempre tenha declarado *in genere* a validade da Lei Complementar 24/75. Seria adequado que se pronunciasse especificamente sobre esse ponto.

Todavia, outras frentes de batalha estão sendo abertas nessa guerra. No âmbito do STF, debate-se a Proposta de Súmula Vinculante 69, [aqui já comentada](#). E recentemente, pela primeira vez, foram modulados os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade nesta matéria, afastando os deletérios efeitos retroativos, mas não concedendo os desejados efeitos futuros, só os imediatos, o que foi exposto por Alexandre Silveira em [outro texto](#). Se a Súmula Vinculante vier a ser aprovada, espera-se que seus efeitos sejam modulados para o futuro — algo como 12 meses após a data de sua edição.

Outra frente de batalha está sendo travada pelos Poderes Executivos, da União e dos Estados. O Convênio Confaz 70/14, embora ainda não tenha efeitos normativos, é um Convênio de exigências, pois o que nele consta é uma espécie de “pauta de reivindicações” dos Estados para acabar com a guerra fiscal, dentre elas: (1) a renegociação dos juros e da correção monetária das dívidas dos entes federativos com a União; (2) edição de Resolução, pelo Senado Federal, estabelecendo a redução das alíquotas do ICMS nas operações interestaduais; (3) 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; (4) a criação de Fundos Financeiros, considerados como transferências obrigatórias não sujeitas a contingenciamento, no valor de R\$ 55 bilhões pelos próximos 5 anos a serem desembolsados pela União aos Estados; (5) e o afastamento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à esta remissão e anistia, dentre outros requisitos. Penso que o engasgo neste ponto será dobrar o Ministro da Fazenda para que ele desembolse os recursos exigidos pelos estados.

Mas o assunto está andando no Poder Legislativo, esse Poder sempre criticado e incompreendido, mas que é o espelho da população brasileira, que elege seus membros (ainda bem que a era dos senadores biônicos foi encerrada). Dois movimentos merecerem destaque.

O primeiro é a aprovação de um Substitutivo ao Projeto de Lei Complementar 130, que tramita no Senado Federal, e que transfere ao Confaz a deliberação sobre as condições para encerramento da guerra fiscal, através de um Convênio que não precisa ser unânime, bastando que seja provado (I) por dois terços das unidades federadas e (II) por um terço das unidades federadas integrantes de cada uma das cinco regiões do país. Na prática, os Senadores aprovaram várias das cláusulas do Convênio 70, o que pode ser considerado uma vitória dos Secretários de Fazenda, hoje coordenados por José Tostes Neto, da Secretaria de Fazenda do Pará.

Observe-se — e isso é muito importante —, que esse Projeto de Lei não está acabando com a exigência de unanimidade do Confaz para a concessão de incentivos fiscais. Não é isso. Apenas para deliberar sobre essa espécie de “perdão das dívidas passadas” é que haverá esse quórum diferenciado. Para futuras deliberações isentivas permanecerá a exigência de unanimidade — o que é um erro, conforma acima mencionei.

O outro movimento do Poder Legislativo federal foi a aprovação da Emenda Constitucional 87, que começa a vigorar em 01/01/2016 com a seguinte redação: “VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.”

Essa EC 87 vai promover uma grande redistribuição de rendas federativas em nosso país, pois não trata apenas de comércio eletrônico, como alardeado, mas de todo e qualquer comércio com não-residentes naquele território estadual. Isso é fruto da inadequação de um modelo de tributação subnacional em uma era de transações comerciais globalizadas.

Não há dúvidas que o foco dessa EC 87 são as transações eletrônicas, mas o texto é mais amplo do que isso. Imaginem um casal fazendo compras em São Paulo para entrega em seu domicílio, em Belém, Estado do Pará – será utilizada a regra de rateio acima transcrita, cabendo ao Estado de localização do destinatário a diferença de alíquota interna e a interestadual – ou, como se chama no jargão tributário, o Diferencial de Alíquota (Difal). Ou seja, vale a regra do domicílio do consumidor, caso este o declare diverso daquele em que está sendo adquirido o bem.

A responsabilidade pelo recolhimento do tributo será do destinatário, quando esse for contribuinte do imposto, e do remetente, quando o destinatário não for o contribuinte. Isso pode gerar alguma instabilidade inicial nos procedimentos de rotina contábil, mas nada que não seja ultrapassado no momento seguinte.

As alíquotas passarão a ser rateadas de forma a permitir uma implementação progressiva dessa regra. Em 2016 será 40% para o Estado de destino e 60% para o de origem, sendo que a cada ano haverá uma modificação de 20% entre origem e destino, até que em 2019 se chegue a 100% para o Estado de destino. A EC 87 menciona o ano de 2015 como sendo o inicial para esta modificação, porém trata-se de uma inadequação que não deve ser considerada, pois sua vigência se inicia em 01/01/2016 — logo, é um dispositivo aprovado por erro de tramitação legislativa, e não deve ser levado em conta. A hermenêutica jurídica existe para isso.

Enfim, com estes dois passos o Congresso dá seguimento à uma fórmula para destravar a guerra fiscal, concedendo mais recursos aos Estados menos desenvolvidos, respeitando o Princípio Constitucional que determina a redução das desigualdades regionais. E tudo isso sem aumentar a tributação.

O ideal seria que o ICMS se tornasse um imposto da esfera federal de governo, com base de cálculo alargada com outros tributos que já existentes, como IPI, PIS e Cofins, e o com rateio dos valores arrecadados entre as unidades federadas. Todas as máquinas estaduais de fiscalização trabalhariam para o sistema federal de arrecadação e ficariam voltadas à fiscalização em seus territórios e à verificação da correção das transferências intergovernamentais que fossem realizadas. Seria o início da implantação do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA) no Brasil, com alíquotas calibradas, exigências burocráticas e procedimentos fiscalizatórios mais simplificados. Penso ser este o caminho a ser trilhado, a despeito de parecer ser um sonho encantado crer no desprendimento político dos Estados para renunciarem a seu direito de dispor sobre a arrecadação em seus territórios.

O que parece estar a caminho é a transferência de grande parte da arrecadação do ICMS da origem para o destino, o que já é uma medida favorável frente ao que existe hoje. Aguardemos os próximos passos visando transações mais justas e equânimes nas relações interfederativas. Espero que este passo **não** seja a aprovação da Súmula Vinculante pelo STF, devendo o Congresso ser o protagonista dessas alterações.

Date Created

21/04/2015