Exame da constitucionalidade do PRS 72 e extinção da "guerra fiscal"

HELENO TAVEIRA TÔRRES
PROFESSOR DE DIREITO TRIBUTÁRIO DA
FACULDADE DE DIREITO DA USP

OBJETIVOS DE TODOS NÓS (enquanto a reforma tributária e redução de custos tributários não vem)

- A *desindustrialização* crescente no País **não** decorre dos incentivos fiscais do ICMS na importação
- Recompor a competitividade da indústria nacional só ocorrerá com redução da **pesada carga tributária**
- É imperioso acabar com a “guerra fiscal”, que em nada difere da “guerra dos portos”.
- Contudo, as medidas adotadas não podem ser feitas à revelia da **Constituição**

Como chegamos até aqui

- STF não adotou efeito prospectivo ou modulação em nenhum dos processos de guerra fiscal, ademais da longa demora para decidir casos de guerra fiscal
- SP e ES mantiveram compromissos recíprocos sobre os incentivos do FUNDAP e o STF nunca julgou
- Os governos FHC e Lula não fizeram nenhuma reforma tributária relevante, agravando os CUSTOS da indústria, sem qualquer apoio aos exportadores
- Anos de negligência com a **defesa comercial.** Falta eficiente cooperação entre MDIC e SRFB

O CONTRIBUINTE PAGARÁ SEMPRE A CONTA, ENQUANTO FOR MANTIDA A GUERRA FISCAL

- ICMS

- Fonte: Diário de Pernambuco. Fevereiro de 2012

A necessária reforma do modelo de concessão de incentivos no ICMS

- CRITÉRIO FUNDAMENTAL DAS DECISÕES DO STF – NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS VEICULADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 24, DE 1975
- IMPÕE-SE A ATUALIZAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR
- EXTINÇÃO DO CRITÉRIO DE **UNANIMIDADE** DE DECISÕES PARA CONCEDER BENEFÍCIOS

Código de conduta da tributação das empresas (*medidas contra a concorrência prejudicial em matéria fiscal na União Europeia***)**

- RESOLUÇÃO DO CONSELHO E DOS REPRESENTANTES DOS GOVERNOS DOS ESTADOS-MEMBROS – 1.12.1997
- **Congelamento** - os Estados-membros comprometem-se a não introduzir novas medidas fiscais prejudiciais
- **Desmantelamento** –reanalisar as disposições existentes e as práticas em vigor, com o objetivo de eliminar o mais rapidamente possível quaisquer medidas prejudiciais

Aplicação do congelamento e do desmantelamento

- A partir de 1 de Janeiro de 1998, o **desmantelamento** efetivo deveria efetuar-se no prazo de cinco anos, salvo circunstâncias especiais possa justificar um prazo mais longo.
- Ajuda estatal para superação dos problemas fiscais
- _____

- Resolve-se os desequilíbrios de financiamento dos estados com alíquotas interestaduais ou com fundos de compensação dos estados
- Somente pode-se reduzir alíquotas com garantia de compensação – estabilidade do federalismo

LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 1975

- Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei. (...)
- IV - *à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus*;

LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 1975

- 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.*

Alteração da Lei Complementar 24/75

- A exigência de unanimidade para aprovação dos Convênios expõe os estados à guerra fiscal, com concessão de incentivos unilateralmente
- O excesso de incentivos mostra a falência do regime da unanimidade: 13 Estados – SC, PR, GO, PE, TO, CE, PI, RJ, MS, MA, SE, BA e ES
- O CONFAZ ganhará legitimidade ao decidir por maioria absoluta e eliminará os resquícios de excesso de centralidade da ditadura
- Os Convênios possuem caráter autorizativo. A maioria não poderá impor redução do ICMS

Alteração da Lei Complementar 24/75

- Nenhum órgão constitucional decide sob o rigor da unanimidade no Estado Democrático de Direito – Federalismo com democracia (STF, Senado etc)
- Criar requisitos objetivos para os incentivos fiscais vinculados ao desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais e responsabilidades conexas com a LRF
- Permitirá a competição fiscal lícita entre os Estados, segundo critérios rigorosos e sob o manto de uma lealdade aos compromissos assumidos

Real motivo da desindustrialização é o peso desmedido do sistema tributário

- Complexo e oneroso - excesso de tributos e obrigações acessórias para o setor produtivo, exportações, tecnologia
- Entre 2005 e 2009, a carga tributária média da indústria foi de 59,8% do PIB industrial
- Sistema cumulativo e pouco transparente. Cadeia produtiva na indústria mais longa dentre os setores (IPI, ICMS, PIS, COFINS, IRPJ, IRRF, CSLL, FGTS. INSS, II, IOF, IPTU, IPVA, ISS, Sistema S, Salário Educação etc)
- O favorecimento ao produto importado decorre do câmbio apreciado, da falta de financiamentos, da burocracia, dos altos custos de produção, da pesada tributação do trabalho, e não apenas pela diferença de alíquotas do ICMS

O Senado, a CAE e a tributação

- O senado tem cumprido um papel fundamental na articulação da política tributária brasileira – fim da CPMF, crítica do sistema vigente etc. A CAE deve atuar como um verdadeiro magistrado, em estrito cumprimento da Constituição
- Competência do SENADO: Art. 52, XV - *avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional*, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (EC nº 42, de 19.12.2003)

Resoluções do Senado
Alíquotas interestaduais

"IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, **estabelecerá as alíquotas aplicáveis** às operações e prestações, **interestaduais** e de **exportação**"

O QUE TEMOS HOJE:
ICMS - RESOLUÇÃO Nº 22, DE 1989

Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de **doze por cento**.

Parágrafo único. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:

II - a partir de 1990, **sete por cento**.

PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 72, DE 2010

- **Art. 1º** A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 0% (zero por cento).
- CF, art. 155, § 2º, I: (*O ICMS*) "Será **não-cumulativo**, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;"

PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 72, DE 2010

- **Art. 1º** ...

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos bens e mercadorias importados do exterior que, após o seu desembaraço aduaneiro:

I - não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

II – tenham sido submetidos a processo que importe apenas em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original.

PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 72, DE 2010

- **Art. 1º** ...
- **§ 2º** O Conselho Nacional de Política Fazendária baixará normas para fins de enquadramento de bens e mercadorias no disposto no § 1º, no que se refere à definição do que se considera industrialização.
- **§ 3º** Até que o Confaz baixe as normas a que se refere o § 2º, aplica-se a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Críticas

- As emendas apresentadas expõem o texto original a múltiplas variações de análise
- Poderão surgir graves problemas de “simulação” de “origem” (passagem de mercadorias entre estados)
- A identificação da origem muitos produtos imporá a fiscalização na fronteira dos Estados
- Pode gerar discriminação entre produto importado e o nacional – art. 152, da CF e Acordo GATT-OMC
- **Solução: ALÍQUOTA DE 4% para todas as operações interestaduais**

Exame jurídico do Projeto e nossa Proposta

- Resolução do Senado somente pode veicular alíquotas
- Sugere-se o exame das seguintes possibilidades:

A) Aplicável a todos os produtos e em todas as operações interestaduais (fim de toda a guerra fiscal)

B) para produtos importados, desde que garantida a **não cumulatividade**, sem bitributação ou majoração da tributação na cadeia (preservado o princípio de não discriminação do GATT-OMC)

C) Não pode ser alíquota-zero, pois isenções somente podem ser concedidas por convênios (art. 150, § 6º da CF)

D) Não pode delegar competências para o CONFAZ, por ser matéria de Lei Complementar (art. 155, § 2º, XII, 'g')

Exame Jurídico do Projeto e nossa proposta

- Para evitar litígios levados ao STF e permanência dos efeitos decorrentes da “guerra fiscal”:

1. Deve-se adotar ainda **Lei Complementar** para:
2. A forma como os convênios serão aprovados com substituição do modelo de *unanimidade* para aquele de ***aprovação por quatro quintos***, equiparando-se ao *quorum* de revogação
3. Medidas de compensação aos estados afetados
4. Regime dos créditos nos produtos importados

Pressupostos a serem atendidos

- Devem garantir o **modelo de partilha de competências** entre **origem** (alíquota interestadual) e **destino** (diferença de alíquota) – hipótese de destino para contribuinte do imposto
- Importados não são formas de “seletividade”

Qualquer modificação de alíquotas interestaduais deve ser coerente com a não cumulatividade

- Somente Lei Complementar pode garantir uniformidade de tratamento entre unidades federativas na solução da “guerra fiscal” e a LCP 24-75 (art. 1º, IV)
- Aliquota reduzida para importados equivale a discriminação a alguns estados da federação – aqueles que não praticam “guerra fiscal”

Meios para extinguir a “guerra fiscal”

- ***Emendas à Constituição*** – nos governos FHC e Lula as propostas de reformas malograram
- ***Lei Complementar*** – Para solução de conflitos de competência, estabelecer a forma de autorizar incentivos fiscais no ICMS, e para casos de manutenção de créditos (interestaduais)
- ***Resoluções do Senado*** – Dispõe sobre alíquotas interestaduais e de exportação mínimas e máximas
- ***Convênios*** – autorizar incentivos, mediante votação por unanimidade

Valores do pacto federativo e limitações ao poder de tributar a observar na edição de Resolução (I)

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - **dispor sobre conflitos de competência**, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - **regular as limitações constitucionais ao poder de tributar**;

Art. 150. (...), é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

V - **estabelecer limitações ao tráfego** de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais

Valores do pacto federativo e limitações ao poder de tributar a observar na edição de Resolução (II)

- Art. 151. *É vedado* à União:
- I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a *concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País*;
- Art. 152. *É vedado* aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino*.

Valores do pacto federativo e limitações ao poder de tributar a observar na edição de Resolução (III)

- Art. 150, § 6º - "§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica (...), sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. "
- Art. 155, § 2º XII - cabe à lei complementar: (...)
- g) **regular a forma como, mediante deliberação** dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

O Princípio de Incentivo ao Mercado Interno

- *Art. 219. O **mercado interno** integra o patrimônio nacional e **será incentivado** de modo a viabilizar o **desenvolvimento** cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.*

- Incentivo ao mercado interno não se pode converter em protecionismo.
- Dever de cumprimento dos acordos da OMC-GATT

Regiões e Incentivos

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** (...):

II - garantir o **desenvolvimento** nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**;

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu **desenvolvimento** e à **redução das desigualdades regionais**.

§ 1º - Lei complementar disporá sobre:

I - **as condições para integração de regiões em desenvolvimento**;

Constituição desenvolvimentista e tributação

- Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar (...) o **desenvolvimento** (...) como valores supremos (...).”
- Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

  II - garantir o **desenvolvimento** nacional;
- Art. 5º:

  XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais (...), tendo em vista o interesse social e o **desenvolvimento** tecnológico e econômico do País;
- Art. 23. (...)
- Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do **desenvolvimento** e do bem-estar em âmbito nacional.
- Art. 151. É vedado à União:
- I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o *equilíbrio do* ***desenvolvimento*** *sócio-econômico* entre as diferentes regiões do País;

A Constituição desenvolvimentista

- Art. 170 – Princípios de Liberdade da Ordem Econômica
- Art. 174. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do *planejamento do* ***desenvolvimento*** *nacional equilibrado*, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.
- Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de **desenvolvimento** social e econômico.
- Art. 182. A política de **desenvolvimento** urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes
- Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o **desenvolvimento** equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.
- Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) V - incrementar em sua área de atuação o **desenvolvimento** científico e tecnológico;

Repartição do ICMS com municípios

- Perda de arrecadação severa para os municípios dos estados afetados, aprofunda a desigualdade regional.
- *Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...)*
- *IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.*

Dever de evitar colisões de princípios

- **1º conflito** - Princípio do desenvolvimento nacional **X** garantia de redução das desigualdades regionais
- **2º conflito** - princípio da proteção ao mercado nacional **X** livre mercado e cumprimento dos acordos internacionais
- **3º conflito** – STF (controle de constitucionalidade) **X** Legislador complementar (rever os critérios de decisão sobre incentivos) **X** Senado (resoluções para alíquotas interestaduais)

Conclusões

- As empresas precisam de garantias de certeza jurídica nos regimes de importação
- **REFORMA LEGISLATIVA URGENTE**
- Rigorosos controles contra a fraude e a evasão fiscal
- Competitividade do produto brasileiro não se resolve apenas com acréscimo do diferencial de alíquota do ICMS entre 6% e 9% – isso não é suficiente para inibir as importações
- A edição da Resolução levará fatalmente à sua contestação junto ao STF

Conclusões

- A rapidez de solução para a guerra fiscal não pode ser um fator de justificativa para atropelar a Constituição. Este projeto já espera há quase 2 anos
- Esperamos por mais de 15 anos por uma reforma do sistema. Comprovado centralismo da União em detrimento dos estados. O custo mais pesado no produto nacional é a excessiva carga tributária
- A Resolução 72-2010 é um passo relevante – talvez emergencial – mas precisa ser acompanhada de medida mais ampla, que trate dos incentivos