

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURELIO – Observem o objeto desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Governador do Distrito Federal postula seja declarada a não recepção, pela Constituição Federal, dos artigos 2º, § 2º, e 4º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, mediante os quais exigida unanimidade para a concessão de incentivos fiscais. Eis o teor dos dispositivos atacados:

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todo 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.

Art. 4º - Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se também às Unidades da Federação cujos representantes não tenham comparecido à reunião em que hajam sido celebrados os convênios.

§ 2º - Considerar-se-á rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação ou, nos casos de revogação a que se refere o art. 2º, § 2º, desta Lei, pelo Poder Executivo de, no mínimo, quatro quintos das Unidades da Federação.

Aponta contrariedade aos princípios democrático e federativo versados no artigo 1º, cabeça, da Carta da República, ante a incompatibilidade do quórum mencionado com a vontade da maioria e a autonomia dos Estados e do Distrito Federal. Frisa desproporcional a medida consideradas as desigualdades regionais.

A matéria é sensível e o pronunciamento do Supremo inadiável, afetando diretamente as estruturas da Administração Fazendária em todos

os níveis, especialmente no atual contexto de grave e renitente crise econômica, agravada por normas envolvendo a denominada guerra fiscal entre entes federados.

Nada nasce sem causa, mas tudo surge por alguma razão. O adequado deslinde da controvérsia exige ter-se em perspectiva a evolução das bases normativas do tratamento conferido ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda de nº 1/1969, ao disciplinar o tributo, estabeleceu a uniformidade da alíquota para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais:

Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sôbre:

[...]

§ 5º A alíquota do impôsto à que se refere o item II será uniforme para tôdas as mercadorias nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

§ 6º As isenções do impôsto sôbre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos têrmos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.

O texto constitucional previu a sistemática dos convênios, atribuindo à lei complementar a definição do procedimento de deliberação. A exigência de unanimidade visava assegurar o tratamento nacional dado ao imposto.

Ao interpretar o disposto na Constituição vigente à época, o Supremo assentou que os convênios tinham caráter impositivo no tocante às unidades da Federação e deveriam observar o princípio da uniformidade, no que abrangida a base de cálculo do tributo, independentemente da qualidade do destinatário da mercadoria – recursos extraordinários nº 95.784, relator ministro Cordeiro Guerra, com acórdão publicado no Diário de Justiça de 8 de outubro de 1982, e 96.545, relator ministro Moreira Alves, com acórdão veiculado no Diário de Justiça de 4 de março de 1983.

A Constituição de 1988 adotou sistemática diversa ao conferir à lei complementar a atribuição de versar como será manifestada a vontade

coletiva dos Estados e do Distrito Federal quanto à concessão e revogação das desonerações do ICMS, inclusive sob o ângulo do quórum a ser respeitado:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

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.

A fixação do quórum é opção político-normativa do legislador, mas deve-se observância à organicidade do Direito. A Carta da República não impõe unanimidade à aprovação de nenhum dos atos normativos nela previstos. A emenda constitucional se faz por decisão de três quintos das Casas do Congresso Nacional, a lei complementar é aprovada mediante formação de maioria absoluta, assim como as resoluções do Senado Federal atinentes ao ICMS.

Ante a complexidade da Federação brasileira considerados os 26 Estados e o Distrito Federal, a exigência do consenso direciona à inviabilização da obtenção de autorização à instituição de programas de incentivo estadual baseado no ICMS, potencializando, por via transversa, a configuração da guerra fiscal – assim denominada a prática de concessão unilateral de benefícios fiscais sem prévia celebração de convênio interestadual.

Tão prejudicial quanto o permissivo desordenado de desonerações do ICMS, no que ocasionados desequilíbrios concorrenciais e impacto negativo nas finanças de determinados Estados, é a repercussão decorrente da não concessão de incentivos fiscais.

Conforme lição do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., em parecer de 31 de maio de 2012, veiculado em artigo publicado pelo professor Hugo Funaro, a unanimidade não se coaduna com o federalismo cooperativo brasileiro:

"Um pacto federativo com base em unanimidade/direito de veto lida mal com o equilíbrio entre maioria e minoria e transporta - mal -, para o plano público, uma concepção contratualista privada (na qual existe, por exemplo, o direito de retirada), mas que não se coaduna com uma concepção federalista do Estado democrático, pois subordina a vontade de todos à vontade de um (mediante o poder hegemônico do veto), em nome de uma racionalidade superior e incontestável. Pode-se dizer, nessa linha, que a instauração de mecanismos de procedimento com base em unanimidade em qualquer organismo decisório de um estado federal só faz sentido ali onde o pacto federativo conhece um viés autoritário e centralizador, sendo incompatível com uma concepção democrática do estado.

[...]

A interpretação de que a Constituição, ao exigir deliberação conjunta dos Estados e Distrito Federal para a concessão de incentivos que tenham por base e reduzam ou eliminem o ônus do imposto, a cumulação das condições, exigiria essa deliberação na forma de convênio e de unanimidade decisória conduz a formas de concessão de benefício que, sob a justificativa de favorecer a homogeneidade alargada da Federação (também Municípios) e a economia de todos os Estados-membros, na verdade desequilibra a relação econômica entre as unidades federadas, na medida em que engessam e solidificam as desigualdades ao emperrar as mudanças. Isso porque, com fundamento no princípio da homogeneidade, caso se aceite o primado da unanimidade (razão única, razão suprema, não divergente) acaba-se por desprezar o princípio da diferença e o dever de compreender as razões dos outros que informam a federação solidária." (A unanimidade das deliberações do Confaz e a possibilidade de alteração por lei complementar. In: *Direito Tributário atual*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 3, p. 66-78.)

No que concerne à previsão, contida no artigo 4º da norma impugnada, de desoneração unilateral de imposto, a interpretação sistemática da Constituição Federal conduz à glosa pelo Supremo, tendo em conta a atribuição à lei complementar para o estabelecimento de isenções, incentivos e benefícios:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

§ 6º 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, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

A jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que convênios não ensejam concessão de isenção isoladamente, apresentando eficácia mediante a aprovação das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal. O Pleno, quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.929, relator ministro Luiz Edson Fachin, com acórdão publicado no Diário de Justiça de 6 de março de 2020, proclamou, a uma só voz, a necessidade de internalização, pelo Legislativo de cada ente federado, das deliberações autorizativas do convênio. Confirmam a ementa:

CONCESSÃO INCENTIVO FISCAL DE ICMS. NATUREZA AUTORIZATIVA DO CONVÊNIO CONFAZ. 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESPECÍFICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 2. TRANSPARÊNCIA FISCAL E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA ORÇAMENTÁRIA. 1. O poder de isentar submete-se às idênticas balizar do poder de tributar com destaque para o princípio da legalidade tributária que a partir da EC n.03/1993 adquiriu destaque ao prever lei específica para veiculação de quaisquer desonerações tributárias (art.150 §6º, in fine). 2. Os convênios CONFAZ têm natureza meramente autorizativa ao que imprescindível a submissão do ato normativo que veicule quaisquer benefícios e incentivos fiscais à apreciação da Casa Legislativa. 3. A exigência de submissão do convênio à Câmara Legislativa do Distrito Federal evidencia observância não apenas ao princípio da legalidade tributária, quando é exigida lei específica, mas também à transparência fiscal que, por sua vez, é pressuposto para o exercício de controle fiscal-orçamentário dos incentivos fiscais de ICMS. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Dirirjo da Relatora para julgar procedente o pedido, assentando não recepcionados, pela Constituição Federal, os artigos 2º, § 2º, e 4º da Lei Complementar nº 24/1975.