

Valério Pimenta: Unanimidade no Confaz é manifestação da igualdade

23/09/2014

A atuação do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) enquadra-se inteiramente no panorama democrático e republicano presente na Constituição cidadã, sobretudo quando considerado o princípio da igualdade presente nas relações entre os entes federativos, apesar do sedutor argumento do autoritarismo de norma anterior à redemocratização constitucional.

Sabe-se que parte da doutrina entende que a concessão de benefícios fiscais do ICMS, por depender sempre de decisão unânime dos Estados e do Distrito Federal nas deliberações do Confaz, representaria verdadeiro déficit democrático, por considerá-lo resultado de um “contrabando normativo autoritário” ou, ainda, “resquício do sistema autoritário dentro do regime democrático”, na forma das disposições da Lei Complementar 24/75, instituída antes da Constituição Federal de 1988.

O Confaz tem como uma de suas finalidades promover as ações necessárias à elaboração de políticas e a harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal. Sua composição encontra-se estruturada por um representante do Governo Federal e por representantes de cada um dos Estados-membros e do DF, à vista da nota característica da competência tributária presente no artigo 155, II, da CF/1988, que constitucionaliza a incidência do ICMS, e o caráter nacional na tributação do ICMS.

Resta certo, ainda, que o artigo 34, parágrafo 8º, ADCT, é a garantia do processo de recepção constitucional da ordem normativa anterior, representada na revalidação da disposição relativa à unanimidade na deliberação presente no artigo 2º, parágrafo 2º, da LC 24/75, frente à nova ordem constitucional da CF/1988, por não desafiá-la materialmente.

Registre-se que sem se falar em recepção de normas anteriores a qualquer Constituição recém-promulgada, sobressairia um quadro de total fragmentação ao novo Estado Democrático de Direito que se instala, inviabilizando a sua própria ordem jurídica original, com o comprometimento de todos os elementos que compõe a própria Constituição, sobretudo quando se pensa na linha dos elementos orgânicos, de estrutura do Estado e dos Poderes, e dos elementos limitativos, quanto ao elemento de direitos e garantias fundamentais, na conformidade da lição de José Afonso da Silva.

O convênio celebrado no âmbito do Confaz apenas autoriza a implementação de benefício fiscal pelos Estados e pelo DF, não se cuidando, na linha do entendimento da eminente ministra Denise Arruda (STJ, RMS 26.328/RO, Primeira Turma, DJe de 01/10/08), de uma medida de imperatividade ou imposição, próprias das estruturas normativas.

Esta natureza jurídica autorizativa encontra-se distante de trazer ao Confaz a condição de “legislador positivo”, revelando-se, antes, como um pressuposto objetivo produzido por um

colegiado ligado aos Poderes Executivos dos Estados e do DF, com a presença da União, para a concessão de eventual benefício fiscal do ICMS, não configurando, de “per si”, qualquer direito ao contribuinte.

Vê-se, então, que o alcance obrigacional do convênio a observância plena, estritamente dentro dos seus limites, em seus territórios, em fortalecimento da própria autonomia político-administrativa dos entes federativos em questão, estampada no artigo 18, “caput”, da CF/1988, bem como da igualdade que cada ente federativo representa diante da República brasileira, na exata extensão do artigo 1º, “caput”, da CF/1988, na fórmula de indissolubilidade da união entre os mesmos entes federativos.

Esta ideia de igualdade encontra abrigo em manifestações institucionais recentes, tanto da Procuradoria Geral da República, como da Advocacia Geral da União, quando do exame da ADPF 198/DF, em que verbalizaram esta apreensão na forma de que a unanimidade, asseguradora da indissolubilidade da Federação, presente no artigo 1º da CF/1988, se expressa com o tratamento uniforme e harmônico do ICMS, pois, do contrário, considerando a possibilidade de deliberações não unânimes, se mostraria inconcebível que um único Estado sofresse o prejuízo em suas receitas públicas tributárias em razão de uma decisão originada de maioria de votos sem sua anuência, fato que representaria, ao fim, o próprio comprometimento da autonomia do Estado vencido. Desta forma, a igualdade entre os Estados e o DF, nas suas relações federativas, é um dos elementos constitutivos da sua autonomia.

Assim, a atividade do Confaz, ancorando-se na exigência da unanimidade para concessão de benefícios fiscais do ICMS delineada na LC 24/75, acaba por prestigiar a própria igualdade entre seus integrantes. Uma igualdade, portanto, que não se volta exclusivamente ao aspecto formal, com o direito ao voto — singular, igual e de mesmo valor aos seus integrantes — na ocorrência da referida deliberação, mas na igualdade, dotada de carga material, retratando a uniformidade de grandeza da tributação do ICMS, na igual proteção que deve ser direcionada a todos os entes federativos de não ter prejuízo nas suas receitas tributárias em razão de sua eventual discordância de voto.

Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a igualdade é princípio que visa a um duplo objetivo, propiciando, no caso da unanimidade nas deliberações do Confaz, a garantia individual do ente federativo no seu direito ao voto e participação no processo deliberativo, bem como de inibir favoritismos, à vista de eventuais prejuízos na estrutura de sua receita tributária em razão de benefício fiscal do ICMS à sua revelia.

Como dito, as deliberações do Confaz não apresentam relação com imposições normativas, revelando-se como verdadeiras autorizações emanadas de um colegiado de direito público ligado ao Poder Executivo. E, como tal, eventuais comparações com as deliberações do Poder Legislativo não se mostram adequadas como fator comparativo, pois neste estamos diante do conceito de mandato político de seus membros, numa expressão direta de Poder de Estado. No Confaz o conceito é de representação pública, não se sujeitando a sua composição ao processo eleitoral, antes à indicação pelos entes federativos com assento no mencionado colegiado, sendo sua composição a derivação do Poder Executivo.

Por certo, o paradigma comparativo para a aferição do respaldo democrático das deliberações do Confaz há que ser feito tomando-se em vista, além da condição de ser colegiado público, o alinhamento da defesa de interesses federativos, dentro do caráter nacional da tributação do ICMS. Assim, tal conjunto de características faz com que o Confaz seja, de fato, incontrastável, pois único com esta expressão no sistema jurídico nacional. Isto, por si só, inarredavelmente, justifica a disposição da LC 24/75 como a única regra de aprovação unânime existente no sistema jurídico brasileiro.

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito, previsto no preâmbulo constitucional, não se revela unicamente na medida da maioria em quóruns de votação legislativa, mas, antes, na linha do consenso intersubjetivo, pressupondo o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes na busca pela igualização das condições diversas, na forma do comando da lei, como acentua José Afonso da Silva.

Dessa forma, a unanimidade, prevista nas deliberações do Confaz, vem retratar a busca de um consenso intersubjetivo entre os entes federativos, no que diz respeito aos benefícios fiscais do ICMS, procurando uma adequação igualitária de seus efeitos jurídicos à vista das condições sociais e econômicas distintas de cada um de seus integrantes. Diante disto, não há qualquer surpresa na publicação do recente Convênio 70/14, mas sim o retrato de um progresso na busca pelo consenso na adoção de solução possível para a “guerra fiscal”, considerando a realidade que se constituiu nas economias e nas sociedades dos entes federativos.

Assim, um paradigma possível de ser trazido à comparação com as deliberações do Confaz, diante da sua característica de órgão público de defesa dos interesses federativos relacionados à tributação do ICMS, vai encontrar alinhamento com a estrutura dos organismos internacionais de integração, uma vez que cuidam de preservar, dentro de um exercício interpretativo, em analogia com o Confaz, dos interesses dos Estados que se integram.

Não obstante as deliberações Confaz serem incomparáveis ao processo legislativo das normas do Poder Legislativo, o “déficit democrático” arguido por parte da doutrina não subsiste quando a composição de ambos são comparadas. Com efeito, tome-se, por um lado, a composição do Confaz, congregando um representante de cada ente federativo com assento e, por outro lado, exemplificativamente, a Câmara dos Deputados, com a sua composição proporcional à população dos Estados-membros, com deputados em número mínimo de 8 e máximo de 70.

Conclui-se, de modo imediato com este cenário, que o alegado déficit democrático não se revelaria através da exigência das deliberações por unanimidade pelo Confaz, mas, antes, em sua composição, que não se encontraria democraticamente reproduzida pela forma unívoca de representação no Confaz, que toma por base um representante para cada ente federativo.

Então, a prevalecer o argumento desta espécie, a solução do pretenso déficit democrático perpassaria a própria composição do Confaz que, a exemplo da Câmara dos Deputados, deveria apresentar uma composição minimamente correspondente com a população de cada ente federativo.

Assim, restaria como resultado imediato deste exercício interpretativo que eventual mudança na composição do Confaz traria maior poder decisório para o conjunto de interesses tributários

dos estados do Sul e Sudeste, menos Espírito Santo, dentro da classificação que se usa denominar para fins de destinação da alíquota interestadual do ICMS entre os Estados de origem ou destino das mercadorias, de “regra dos desiguais”, ocasionando-se, assim, sérios comprometimentos ao que se pode convencionar de federalismo cooperativo, que, de sua parte, se pauta na igualdade e solidariedade entre os entes federativos e, ainda, na redução das assimetrias de competências, sobretudo, tributária.

A par da recomendação do grupo de especialistas para a manutenção da regra de unanimidade nas deliberações do Confaz, dois dedicaram menção expressa à questão: Alcides Jorge Costa que, em doutrina pouco posterior à publicação da LC 24/75, acentua a importância da unanimidade das deliberações do Confaz, uma vez que permite a qualquer Estado-membro que se sinta prejudicado por um benefício fiscal posicionar-se contra, pois se acaso as decisões fossem tomadas por um sistema de maioria das deliberações, a igualdade restaria comprometida; e Ives Gandra da Silva Martins, para quem a unanimidade exigida para a concessão de incentivos, estímulos ou benefícios fiscais de todos os Estados e DF representa verdadeira cláusula pétrea constitucional, não podendo ser alterada nem por legislação inferior e nem por emenda constitucional.

Por não se vislumbrar qualquer rusga de autoritarismo nas disposições da LC 24/75 naquilo que se refere à exigência de unanimidade para as deliberações do Confaz relacionadas à concessão de benefícios fiscais, representando, em verdade, normatividade alinhada com os desígnios constitucionais, sobretudo de igualdade e autonomia dos entes federativos, resta presente a doutrina de Sampaio Dória, amparando-se em Oliver Wendell Holmes, para assumir que a eventual decisão de que o legislador tenha exorbitado de seu poder discricionário há que ser tida com extrema cautela, pois diante de uma distinção legal, vista em si mesma, sem atenção à necessidade que a ocasionou pode parecer arbitrária, mas ao se concluir que inexistente um critério matemático ou lógico que permita fixar com precisão a mencionada distinção, a decisão do legislador, e em caso na LC 24/75, deve ser acolhida, pois dotada de razoabilidade, que se estrutura no federalismo e em sua nota característica de igualdade e autonomia dos entes federativos.

A conclusão que se extrai é a de que a unanimidade presente nas deliberações do Confaz apresenta-se perfeitamente coadunada com a CF/1988, como corolário da igualdade e da autonomia dos entes federativos, dentro de um federalismo cooperativo, refratário a desigualdades tributárias e, como tal, proclamando a uniformidade da incidência do ICMS.

Referências Bibliográficas:

COSTA, Alcides Jorge. “ICMS na Constituição Federal e na lei complementar”. São Paulo: Resenha Tributária, 1978.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. “Direito constitucional tributário e “due process of law”. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Estímulos fiscais no ICMS e a unanimidade constitucional”. São Paulo: Noeses, 2012.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "O conteúdo jurídico do princípio da igualdade". 3. ed., 6. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

PYHRRO, Sérgio. "Soberania, ICMS e Isenções. Os Convênios e os Tratados Internacionais". Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. "Curso de direito constitucional positivo". 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-set-23/valerio-pimenta-unanimidade-confaz-manifestacao-igualdade/>