



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Ref.: Proposta de Súmula Vinculante n.º 69.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI,

entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília, DF, SBN, Quadra 1, Bloco "C", Edifício Roberto Simonsen, inscrita no CNPJ sob o nº 33.665.126/0001-34, por seus advogados (instrumento de mandato anexo), vem, em atenção ao edital publicado em 24 de abril, manifestar-se acerca da proposta de súmula vinculante em questão.

1. A súmula vinculante foi proposta com a seguinte redação:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.

2. Um primeiro ponto merecer destaque é o cabimento da súmula em questão, do modo como foi proposta.

2.1. Por força do disposto no art. 103-A e seu § 1.º, da Constituição Federal, a súmula vinculante deve ter por objeto a interpretação e a eficácia de normas determinadas. A norma objeto do controle concentrado não é a constitucional, mas a apontada como compatível ou incompatível com a Constituição, como bem restou afirmado na questão de ordem na ADI 2777.

2.2. Assim, quer parecer que não caiba uma súmula vinculante para fixar o sentido de um dispositivo da constituição e, tampouco, súmula vinculante para declarar inconstitucionalidade de leis e atos normativos não especificados.

3. Superada que seja a questão do cabimento, faz-se mister tecer também os comentários a seguir.

4. A redação proposta ao verbete é bastante clara: ou bem há prévia aprovação de convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, ou o benefício fiscal relativo ao ICMS é inconstitucional.

5. Com redobradas vênias, a redação parece ser ampla demais, possibilitando eventual choque com a jurisprudência dessa própria Corte.

6. Com efeito, o Plenário desse Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime recente, ausente apenas o Ministro Joaquim Barbosa porque em licença, afirmou:

ICMS - SERVIÇOS PÚBLICOS ESTADUAIS PRÓPRIOS, DELEGADOS, TERCEIRIZADOS OU PRIVATIZADOS DE ÁGUA, LUZ, TELEFONE E GÁS - IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA - CONTAS - AFASTAMENTO - "GUERRA FISCAL" - AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO. Longe fica de exigir consenso dos Estados a outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás.

(ADI 3421, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2010, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00126 RDDT n. 180, 2010, p. 199-201 RSJADV set., 2010, p. 42-44 LEXSTF v. 32, n. 378, 2010, p. 85-90 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 150-153)

6.1. No corpo do voto de S. Ex.^a, o Ministro Marco Aurélio, relator, consta o parágrafo abaixo:

A proibição de introduzir-se benefício fiscal, sem o assentimento dos demais estados, tem como móvel evitar competição entre unidades da Federação e isto não acontece na espécie. Friso, mais uma vez, que a disciplina não revela isenção alusiva a contribuinte de direito, a contribuinte que esteja no mercado, mas a contribuintes de fato, de especificidade toda própria, ou seja, igrejas e templos, notando-se, mais, que tudo ocorre no tocante ao preço de serviços públicos e à incidência do ICMS.

(ADI 3421, 3.º parágrafo do voto do relator)

6.2. A partir da decisão plenária acima, vê-se que a redação ampla e peremptória que está sendo proposta ao verbete vinculante não corresponde exatamente aos precedentes dessa Corte.

6.3. Sabe-se que os convênios do CONFAZ são figuras vetustas que persistem não porque mantidos pela Constituição, mas porque em mora o legislador.

6.4. O que determina a Constituição é que lei complementar regule a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS serão concedidos e revogados (art. 155, § 2.º, XII, g). Com efeito, é a falta desta disciplina em lei complementar que mantém o regime da Lei Complementar 24/75. Não fosse a necessidade de se ter como disciplinar as matérias listadas no art. 155, § 2.º, XII, g, da Constituição, dificilmente seria reconhecido como válida a delegação de matéria tipicamente de lei para um colegiado de representantes de confiança dos Governadores, demissíveis *ad nutum*, sem a chancela dos respectivos legislativos.

6.5. Ora, um regime complexo como este, se considerados os parâmetros constitucionais de indelegabilidade da função normativa e da separação de poderes, reclama a interpretação restritiva que foi dada por essa Corte Constitucional na mencionada ADI 3421: a aprovação do CONFAZ é necessária por conta da potencial guerra fiscal.

6.5.1. Não obstante a discussão travada na ADI 3421 ter sido os benefícios fiscais concedidos a igrejas e templos, por certo que a questão não se limita a esses atores. Veja-se que pelo Convênio ICMS 20/1989, vigente por prazo indeterminado por força do Convênio ICMS 151/94, os Estados estão autorizados a conceder isenção de ICMS no fornecimento de eletricidade até o limite de 50 quilowatts/hora mensais. Haveria “guerra fiscal” se a isenção fosse um pouco além, visto que apenas uma geladeira já consome quase o dobro deste limite¹?

7. De se ver, também, que a Lei Complementar 123/2006, em seu art. 18, § 20, permite expressamente a concessão de isenção ou redução de ICMS pelos Estados, sem mencionar a necessidade de oitiva do CONFAZ. Neste particular, tendo em vista que a Constituição não alude ao CONFAZ, mas à necessidade de lei complementar, necessidade esta que estaria atendida pela Lei Complementar 123/2006, quer parecer que a redação proposta não se considerou a situação relativa às empresas regidas por esta Lei Complementar.

8. Os casos à margem da figura de guerra fiscal não se esgotam nestes.

8.1. A Constituição não apenas exclui as exportações do âmbito de incidência do ICMS, como assegura a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (CF, art. 155, § 2.º, X, a). Todavia, são conhecidas as dificuldades enfrentadas pelos exportadores com a recuperação dos tributos que gravaram as etapas anteriores.

8.2. A União Federal, no âmbito dos seus tributos, criou a figura da empresa preponderantemente exportadora e estabeleceu a suspensão de PIS/COFINS e IPI nas vendas a empresas que se caracterizem como preponderantemente exportadoras, suspensão esta que se converte em isenção com a exportação. Ora, se o Estado teria o dever constitucional de restituir o ICMS incidente na venda do insumo para a indústria exportadora ante a falta de débito na

¹ 93,60 KWh segundo cálculo disponível no endereço <<http://www.copel.com/hpcopel/simulador>>, acesso em 10.mai.2012

operação de exportação e os dizeres do artigo 155, § 2.º, X, a, não parece haver razão plausível para reputar como inconstitucional regra estadual que, a despeito da falta de convênio, permita a suspensão e posterior conversão em isenção da venda de insumos e matérias-primas para a produção de mercadorias que serão exportadas.

9. Outra hipótese menos nítida, mas que admitida o posicionamento contido na ADI 3421 merece consideração é a atração de setores não existentes. Será que a atração de indústrias de setores antes não existentes entra no conceito de guerra fiscal? Benefícios que viabilizem a instalação de fábrica de produto sem competidores, salvo a importação, estariam abraçados pela mesma realidade pretendida pelo verbete proposto? Talvez não seja o caso.

10. Ademais, quer parecer que a inconstitucionalidade não estará em “qualquer redução de alíquota ou de base de cálculo”, mas apenas naquelas que importem em redução do gravame para alguém daquele correspondente à alíquota interestadual mais geral fixada pelo Senado, conforme decidido por esse Tribunal Constitucional na ADI 2021 MC/SP.

10.1. Sabe-se que os benefícios também são concedidos sob a forma de financiamento, com juros ínfimos ou inexistentes, e, ainda, com a possibilidade de a “dívida” ser arrematada em leilão por uma pequena fração do valor de face.

11. A redação proposta, contudo, parece não contemplar os chamados “benefícios financeiros”, o que pode gerar dúvida sobre a abrangência do verbete, caso venha a ser sumulado conforme proposto.

12. Outro exemplo da necessidade de melhor explicitar o sentido de “*benefício fiscal*” é conferido pelo diferimento.

12.1. Extrai-se da ementa do acórdão da ADI 3702, que “*a tradicional jurisprudência da Corte encara a figura do diferimento do ICMS como mero adiamento no recolhimento do valor devido, não implicando qualquer dispensa do*

pagamento do tributo ou outra forma de benefício fiscal (ADI nº 2.056/MS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 17/8/07)”.

12.2. Contudo, naquela mesma ADI 3702 bem se demonstrou que a expressão “*diferimento*”, não raro, é utilizada para designar verdadeiros benefícios fiscais inconstitucionais. Ainda assim, o *abuso* não exclui o *uso*. O *diferimento* é deveras importante para racionalizar diversas operações e, como destacado, “*não implica em benefício fiscal*”².

12.3. O *diferimento*, ademais, guarda a mesma identidade da chamada substituição tributária para trás, que, nos termos do artigo 6.º da Lei Complementar n.º 87/96, reclama apenas lei estadual para sua criação.

12.4. Trata-se de ponto por demais relevante e tradicional no Direito Tributário. A exata interpretação deste ponto não pode ser deixada em aberto, inclusive por conta da impossibilidade de se manejar recurso extraordinário contra a aplicação de súmula vinculante.

13. O propósito da CNI com esses exemplos é evidenciar que se, por um lado, a redação proposta parece ser ampla em demasia, abarcando hipóteses que não deveriam ser abrangidas, por outro, a redação parece pecar por não incluir figuras usuais de guerra fiscal.

14. Mas não é só! Não menos relevante ainda parece ser o resultado prático a ser extraído da inconstitucionalidade.

14.1. Sabe-se que, por força do disposto no artigo 100, parágrafo único do CTN, a observância de atos normativos ou práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas que depois sejam tidas como inválidas exclui a imposição de penalidade, bem como a cobrança de juros de mora e a atualização monetária.

² A bem da verdade, pela jurisprudência do STF o *diferimento* se presta a verdadeiro malefício fiscal, vez como se constata nos RREE 97.283-8, 106.930-9 e 114.264-2, *e.g.*, permite que o adiamento do recolhimento implique em anulação do crédito do ICMS, gerando cumulatividade no imposto.

14.2. Se isto decorre da observância de atos normativos ou mesmo de costumes, com muito mais razão parece que deva ser aplicável a leis.

14.2.1. Com efeito, caberia indagar: aqueles que estiverem vinculados à observância da súmula deverão exigir o ICMS como se jamais tivesse existido o benefício fiscal ou deverão exigir o imposto respeitada a regra do parágrafo único do artigo 100 do CTN, com o receio de, procedendo da segunda forma, estarem usurpando a competência desta Corte para modular os efeitos das suas decisões em controle de constitucionalidade?

14.3. A despeito do entendimento fixado por este STF, não se pode negar que incentivos estaduais para o desenvolvimento regional são práticas reiteradas de todos os Estados. Não há um único dos 26 Estados ou mesmo o Distrito Federal que não tenha concedido benefícios no âmbito do ICMS à margem da aprovação de convênios. Certo ou errado, isto é fato, como também é fato que boa parte do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades de industrialização se fizeram deste modo.

14.3.1. Também é fato que, não raro, esses incentivos foram concedidos pela via contratual, havendo relevantes investimentos de indústrias dentro de uma lógica que só era sustentável com o uso do incentivo.

14.4. A necessidade de ponderar os reflexos efetivos de uma prática agora vista como inconstitucional, mas que perdurou por anos, já foi reconhecida recentemente pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal.

14.4.1. Com efeito, após ter encerrado o julgamento de mérito da ADI 4029, *com a proclamação do resultado*, o Tribunal conheceu de questão de ordem formulada na sessão seguinte, para mudar o resultado do julgamento, exatamente por conta da inviabilidade de se declarar inconstitucional um número desconhecido de medidas provisórias, desencadeando reflexos jurídicos desconhecidos e imprevisíveis.

14.4.2. No presente caso, quantas empresas, quantos empregos serão destruídos por conta da lavratura de autos de infração, acrescidos de multas e juros, dos últimos cinco anos de imposto não recolhido por conta dos benefícios fiscais?

14.4.3. Qual será o abalo para a reputação do Brasil decorrente da inviabilização e do virtual confisco do capital do investidor estrangeiro em plantas industriais aqui no Brasil, por conta da mudança do que era a regra até então? A confiança no país poderá ser abalada?

15. Certamente que estes são fatores de extrema gravidade, que merecem ser ponderados. As questões acima levantadas são dúvidas e não certezas e apontam para a necessidade de se disciplinar as realidades constituídas ao longo de muitos anos de uma prática que, agora, se tem como inconstitucional.

15.1. Não se está a dizer, de modo algum, que a ponderação dos resultados possa legitimar o abandono da Constituição. Está sim a ser dito que há uma responsabilidade estatal, a partir dessa nova realidade que se formou, com as vidas dos empregados e empresários das empresas que existem por integrar a cadeia produtiva capitaneada pela empresa incentivada, seja daqueles que diretamente ou indiretamente (por fundos de investimentos, *e.g.*), tem suas economias em ações ou títulos destas empresas.

15.2. Tem-se presente situação complexa a demandar incrível dificuldade de ser solucionada de forma padronizada, tal qual sugere o verbete em consulta pública ora comentado, na medida em que se discute a proteção do exercício de confianças legítimas, muitas das vezes por longos períodos.

15.3. Tem-se em análise a segurança jurídica que pressupõe, necessariamente, a estabilidade institucional do Direito e a credibilidade do ordenamento jurídico, de modo que se possa incentivar os investimentos e se possa afastar as incertezas que tanto prejudicam a geração de riquezas no país.

15.4. A Constituição, claramente, estabelece os meios para lidar com situações como esta: a remissão, a anistia, e parcelamentos especiais, como se lê,

claramente, no artigo 150, § 6.º. Com todas as vênias e sem perder a reverência, não parece seja essa Corte Constitucional o agente mais abalizado para ponderar todas essas específicas e complexas questões. Conseqüentemente, inoportuno parece ser o momento proposto para a deliberação da PSV 69. Todavia, bem pode esse Tribunal induzir a que os legitimados façam essa necessária ponderação.

15.5. Para isto, entende a Confederação Nacional da Indústria que a conduta mais ponderada seria esse Tribunal Constitucional deliberar, formalmente, pela suspensão da apreciação da presente proposta de súmula vinculante, a fim de que o CONFAZ, com os poderes que decorrem da combinação dos artigos 150, § 6.º, 155, § 2.º, XII, *g*, da Constituição, e da Lei Complementar n.º 24/75, discipline as relações jurídicas decorrentes dos benefícios fiscais no âmbito do ICMS concedidos sem prévia aprovação em convênio, conferindo segurança jurídica aos projetos já incentivados e aos investimentos futuros.

15.6. Essa oportunidade também poderá ser utilizada pelo Congresso Nacional para, de uma vez por todas, regulamentar a forma como as isenções, os incentivos e benefícios fiscais de ICMS deverão ser concedidos e revogados (art. 155, § 2.º, XII, *g*, da Constituição).

16. São estas as considerações que a Confederação Nacional da Indústria tem a fazer em relação à proposta de súmula vinculante em questão.

E. Deferimento.

Brasília, 15 de maio de 2012.

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 E OAB/DF 20.016-A

