

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DA CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 233 de 2008

Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

Autor: Poder Executivo

Relator: Leonardo Picciani

VOTO EM SEPARADO DO DEPUTADO REGIS DE OLIVEIRA

Trata-se da análise da proposta de emenda à constituição nº 233/08, apresentada pelo Poder Executivo.

O ilustre relator Deputado Leonardo Picciani apresentou parecer afastando qualquer óbice constitucional na formulação da proposta, especialmente no tocante às denominadas cláusulas pétreas para, ao final, apresentar substitutivo que, segundo o digno relator, se constitui em mera questão formal.

É o relatório.

VOTO

Em relação ao Imposto sobre operações com bens e prestações de serviços, ainda que tenha feito observações de mérito, manteve o texto da proposta. Realmente, o parágrafo 7º do art. 173 busca alargar o conceito de prestação de serviços, definindo-a como “toda e qualquer operação que não constitua circulação ou transmissão e bens”.

O mundo jurídico pode alterar e altera com frequência o mundo fático para sobre ele fazer incidir comportamentos. Segundo Lourival



Vilanova “o direito positivo, sempre historicamente individualizado pelo substrato social a que responde, como contrapartida normativa, tem estruturas de diversos tipos. Em conjunto, é uma estrutura social, inseparável o suporte factual e a capa normativa, pois não há fato social sem normatividade. É um sistema social, e dentro do sistema global que é a sociedade, cumpre a função de um subsistema ou sistema-parte desse todo” (“As estruturas lógicas o sistema de direito positivo”, ed. RT, 1977, pág. 47).

Em sendo assim, o direito, embora não seja um ser por si e deva referir-se a um outro sistema, o social, tem estrutura própria e, pois, define seus próprios objetos, com linguagem própria. Na seqüência, o mesmo autor esclarece que com as estruturas formais “o legislador preenche conteúdo social e valorativo”, (ob. cit., pág. 48).

Na teoria do conhecimento, há a linguagem jurídica e a meta-linguagem jurídica, isto é, o objeto do conhecimento e seu descritor, qual seja, a linguagem que descreve a linguagem do direito positivo (Ciência do direito). De outro lado, há, na linguagem do direito positivo o referencial sobre a realidade empírica. Partindo de tal afirmativa é que se vê que “nem tudo desse universo poderá estar como termo-de-referência do sistema normativo” (Lourival Vilanova, ob. cit., pág. 149).

Há a esquematização seletiva do fático, no preciso afirmar do mesmo autor, o que significa que via subsunção, os fatos passam a ser filtrados pelo direito positivo para constituir-se um ser de referência pelas normas. Daí a possibilidade de captação de fatos e sua denominação com outras conseqüências jurídicas que não as meramente fáticas.

Daí não haver qualquer surpresa em nova definição sobre conceitos, uma vez que, ainda que não se possa distanciar completamente a realidade para constituir um mundo à parte, o direito pode mudar conceitos, uma vez que lida com a linguagem. Esta permite tais licenças.

O digno relator busca alterar o art. 61 proposto, entendendo que não podem os membros da Câmara ficar afastados da iniciativa de lei complementar relativa ao ICMS federal.

Pode-se divergir da propositura efetuada. No entanto, inadmissível não é o tópico cuja alteração de propõe. A princípio, não há qualquer agressão ao princípio federativo, uma vez que pode o constituinte derivado alterar



a legitimidade na propositura de leis. Demais, na medida em que se tem a federação como pacto, sua representação é encarnada pelos senadores e não pelos deputados que representam o povo. Vê-se, pois, que nada obsta a que se efetue a alteração. No entanto, qualquer mudança somente poderá ser feita na comissão especial. A alteração até guarda sintonia com os princípios federativos. Se a representação dos Estados é feita pelo Senado, parece, a princípio, admissível que apenas os senadores ou, então, a conferência de legitimidade a parcela de governadores que representem determinada região ou que sejam titulares de diversas regiões do país, tem sentido.

A alteração encaminhada pelo Governo guarda sintonia com os objetivos do novo imposto. Diz respeito aos Estados e, se são eles representados pelos senadores ou pelos governadores, tem relação lógica com a discriminação que se pretende. Daí não ser possível efetuar a alteração proposta pelo digno relator.

Entende o digno relator que o fato de que “as alíquotas do ICMS poderão ser reduzidas ou restabelecidas por ato do novo Confaz, entendemos que tal medida fere o princípio da legalidade, porque bastaria fixar uma alíquota excessivamente elevada para eliminar qualquer necessidade de edição de lei sobre a matéria”

O estabelecimento de alíquotas para os tributos estaduais pelo Senado Federal não é novidade no direito brasileiro. O sistema tributário nacional ao cuidar dos impostos dos Estados (art. 155 da Constituição Federal) prevê a competência do Senado para a fixação das alíquotas (inciso IV), sendo que o texto é bem próximo do proposto para a edição de resolução, no estabelecimento das “alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação” (inciso IV do parágrafo 2º). De outro lado, “é facultado ao Senado Federal: a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta de seus membros e b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros” (inciso V, letras a e b do parágrafo 2º).



De outro lado, prevê a competência da maioria dos Estados e do Distrito Federal para a fixação de alíquotas internas (inciso VI do parágrafo 2º).

Comentando o dispositivo, Luciano Amaro diz que a “opção da Constituição por esse veículo normativo, nas situações assinaladas, é justificada pelo caráter do Senado de órgão representativo dos Estados Federados no aparelho legislativo federal” (“Direito tributário brasileiro”, 13ª. Ed., Saraiva, 2007, pág. 189). No mesmo sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos (“Curso de direito financeiro e tributário”, 9ª. Ed., 2002, ed. Celso Bastos, pág. 257).

Nunca se entendeu ser inconstitucional o estabelecimento de alíquotas pelo Senado Federal em face do sistema federativo encampado pelo país. Aliás, o atendimento do parágrafo 7º do art. 155-A ora proposto guarda fina sintonia com os interesses de todos os Estados, uma vez que no CONFAZ todos estão representados e o órgão de união é o Senado Federal.

Não se vê, pois, inconstitucionalidade na proposição, o que torna admissível a PEC.

Nem há agressão ao princípio da legalidade do tributo, nos termos da proposição, como não há, hoje, na vigente Constituição. A Resolução não cria o tributo. Todos os demais aspectos da hipótese de incidência estarão previstos em lei, constituindo-se a alíquota no mandamento que “incide se e *quando* se consuma o fato imponible, dando nascimento à obrigação tributária concreta” (Geraldo Ataliba, “Hipótese de incidência tributária”, ed. RT, 4ª. Ed., 1990, pág. 114). O tributo está criado em todo seu contorno, pela norma jurídica. A alíquota incide quando de sua aplicação à hipótese constituída de obrigação tributária.

Perceba-se que a atribuição de competência ao Senado deve-se, exatamente, por causa da complexidade do pacto federativo. Este é fundamento da competência a um órgão legislativo que congrega a unificação do pacto, tanto que a resolução integra o processo legislativo da elaboração das leis (art. 59, inciso VII).

Não há, também, agressão ao princípio da legalidade, pois a emenda constitucional supriria tal supressão da competência da Câmara,



outorgando a previsão à resolução do Senado Federal, apenas e exclusivamente, quando se trata de tributo dos Estados. Tal providência tem aplicação na sistemática sugerida e fecha o sistema proposto.

Pode causar estranheza, como causou ao digno relator, o fato de ao CONFAZ ser permitido regulamentar o texto legal, autorizar transação e conceder anistia, remissão e moratória, estabelecer critérios para concessão de parlamento de débitos fiscais, fixar as formas e prazos para recolhimento do imposto e estabelecer critérios e procedimentos de controle e fiscalização extraterritorial (incisos I a VI do parágrafo 7º do art. 155-A).

Ainda que cause perplexidade, não é o caso de ser inadmissível a proposta, nesta fase de apreciação da admissibilidade. O fato é que a proposta ter seu fechamento com a instituição do colegiado nacional. Servirá para disciplinar o tributo estadual em todas suas facetas. Evidente está que, instituindo o ICMS nacional, não há qualquer fundamento de que sejam as propostas incorporadas em lei estadual.

A preocupação do digno relator em relação ao inciso II, embora tenha sua dimensão jurídica, apenas complica, pois, ao invés de já vir autorizada a transação e a concessão de anistia, remissão e moratória, passaria a exigir lei estadual. Ainda que tal providência possa vir a ser acolhida pela comissão especial, é lá que se desenvolveria a discussão a tal propósito. Jamais aqui, na Comissão e Constituição, Justiça e Cidadania. Não há inconstitucionalidade em tal providência.

De outro lado, apenas as isenções ou quaisquer outros benefícios fiscais vinculados ao imposto apenas serão da competência do CONFAZ, “desde que uniformes em todo território nacional” (inciso I do parágrafo 4º), o que não elimina a competência de Estados, para hipótese específicas.

No relatório apresentado, o ilustre deputado relator propõe alteração do inciso II do parágrafo 3º do art. 155-A, acrescentando “salvo nos casos de operações e prestações sujeitas a uma incidência inferior à prevista neste inciso, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de origem”.

A matéria não torna inadmissível a proposta, nesta fase de apreciação, nem é caso de se efetuar a alteração formulada. A idéia é de manter nos Estados produtores a parcela de imposto equivalente à incidência de



2% sobre a base de cálculo. O mais passaria aos Estados de destino em relação às mercadorias e serviços. O inciso II do parágrafo 3º do art. 155-A estabelece as exceções. Daí a consequência de que o imposto estadual incidente sobre operações com petróleo passa a pertencer ao Estado de destino, em sua inteireza.

A proposta não é inadmissível. Pode-se discutir o assunto na comissão especial. Não aqui, em que se cuida apenas de sua admissibilidade.

Descabe, também, a alteração proposta pelo ilustre relator ao pretender mudar o texto do inciso V do art. 34, que cuida da intervenção federal. Na sistemática da emenda constitucional, o tributo é arrecadado pelo Estado-membro produtor (de origem) e remetido ao Estado-membro de consumo (destino). Daí se estabelecer que não há possibilidade de retenção do tributo arrecadado que não pertence ao Estado produtor. É que apenas o arrecada e deve repassá-lo, em sua inteireza, ao Estado de destino (reservada a parcela de 2%). Deixando de fazê-lo, pode haver a intervenção federal no Estado ou no Distrito Federal.

Ora, a previsão da proposta governamental é mais ampla, uma vez que caberá intervenção se houver retenção na não transferência do produto da arrecadação do ICMS “a outra unidade da Federação”, que é expressão muito mais ampla do que a proposta pelo senhor relator.

Ocorre que a hipótese prevista pelo senhor relator é restritiva e não há como ocorrer de forma diferente. É que, na sistemática estabelecida pelo governo, as tratativas apenas ocorrem entre os Estados, tal como se vê das letras a e b do inciso III do parágrafo 3º do art. 155-A.

O repasse de recursos aos Municípios ocorre por força de legislação estadual (Fundo de Participação dos Municípios), na forma estabelecida pelo art. 158 da Constituição Federal, que não sofre alteração. De qualquer maneira a proposta do Executivo é mais ampla, e merece prevalecer.

De qualquer forma, há de se compreender o dispositivo, em sua literalidade e também em sua essência. É que os repasses apenas podem ocorrer entre os Estados e jamais poderia ocorrer a hipótese suscitada pelo digno relator de o governador precisar fazer solicitação ao próprio Estado. Em se referindo a intervenção aos Estados e por força de não envio de



ICMS do Estado de origem para o de destino, a relação somente ocorre entre os Estados. No entanto, nada obsta a alteração proposta pelo digno relator.

Na sequência, o senhor relator propõe alteração no inciso X do parágrafo 6º e a supressão do inciso XI. Ora tais propostas não podem ser efetuadas nesta Comissão a que cabe apenas a análise da admissibilidade da proposta. Jamais se pode alterar o mérito, como reiteradamente tem sido decidido. Ainda que possa ter entendimento contrário à hipótese de alteração, nesta fase, o caso não é de se acolher, uma vez que surgem dúvidas a respeito do próprio merecimento da proposta. Porque descaberiam novas regras sancionatórias em face de Estados? Porque seria inadmissível a instauração de processo administrativo? Tais questões somente poderão ser respondidas em foro apropriado, isto é, na comissão especial.

Aliás, o assunto é de tal ordem perigoso de ser tratado aqui, uma vez que a alteração sugerida pelo senhor relator é dramática para os Estados. Procura substituir a palavra *condicionar* por *efetuar a retenção*. Tal modificação é turbulenta e aí sim, passaria o texto a ser inadmissível.

Condicionar tem sido visto pela doutrina como exigência de, por exemplo, consignação no orçamento de recursos para a satisfação de débitos de uma unidade federativa para com outra. A *retenção* tem conteúdo muito mais forte, de forma a propiciar instrumentos de *execução de mão própria* à União, o que inibe, em última instância, o recurso ao Poder Judiciário para discussão de seus débitos e créditos. Seria a quebra da federação se se admitisse que a União pudesse, sem se valer dos caminhos processuais próprios, executar seu próprio crédito, *retendo* recursos de Estados e Municípios, para auto-satisfação.

Condicionar a entrega de recursos tem conteúdo semântico muito mais suave do que a *retenção* de recursos. Reter é não repassar, constrangendo o devedor. Condicionar é exigir providência para pagamento. São situações diferentes. A proposta pelo relator maltrata o princípio federativo.

Descabe a *retenção* das transferências de arrecadações tributárias simplesmente porque apenas se pode reter o que é próprio. Se o tributo pertence a outra unidade de federação, cabendo ao Estado



de origem apenas a arrecadação, não tem qualquer sentido que haja retenção em relação a tributo que não pertence ao Estado.

A Câmara de compensação servirá como cláusula de reajuste de qualquer descompasso que possa existir entre as unidades federadas. Qualquer retenção de recursos poderá sofrer, por parte do órgão a que alude o inciso XI do parágrafo 6º, a reprimenda adequada. Como a matéria se relaciona a entes federativos, órgãos nacionais deverão nascer para pacificar eventuais conflitos.

Em suma, não há como se aceitar as alterações propostas pelo eminente deputado relator Leonardo Picciani, uma vez que ou não dizem respeito à competência estrita desta Comissão ou são alterações que objetivam trazer inovações que não podem ser aceitas.

Meu voto dá admissibilidade integral à proposta formulada pelo Poder Executivo.

Sala da Comissão 01 de abril de 2008

Deputado Regis de Oliveira

