



URGENTE

PARECER PGFN/CAT/Nº 346/2017

Parecer Público. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Conselho Nacional de Política Fazendária. Proposta de Convênio 85/2016. Alteração do Convênio ICMS 42/2016. Quórum de concessão e revogação, total ou parcial, de incentivos e benefícios tributários. Unanimidade e quatro quintos. Art. 2º, § 2º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

I

A Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por intermédio do Memorando nº 1.613/2016/CONFAZ/MF-DF, formulou questionamento a respeito do quórum de aprovação da proposta de Convênio 85/2016, que altera o Convênio ICMS 42/2016, o qual foi encaminhado à Coordenação-Geral de Assuntos Tributários (CAT), para análise acerca do quórum adequado para sua aprovação.

II

2. Inicialmente, cumpre registrar que a apreciação da CAT se limitará aos dispositivos de sua competência funcional, nos termos do Regimento Interno da PGFN, aprovado pela Portaria



MF nº 36, de 24 de janeiro de 2014. Ademais, tendo em vista que os aspectos de oportunidade e conveniência de veiculação da norma compõem o mérito do ato administrativo, entende-se que sua análise escapa do crivo jurídico a que está circunscrito o presente opinativo, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

3. Importante registrar análise do Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Ênio Alexandre Gomes Bezerra sobre a consulta posta, a qual reproduzimos:

“(…)”

2. O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pode ter caráter extrafiscal, o que permite seu uso como fator de desenvolvimento da economia e, por consequência, da sociedade como um todo, sendo utilizado como indutor de desenvolvimento econômico por países como Alemanha e Japão¹ nas décadas de 1950 a 1960. Em sua concepção vernacular o termo incentivo fiscal tem o sentido de “subsídio conferido pelo governo, que renuncia a parte de sua receita em impostos em troca de investimento em atividades ou operações por ele estimuladas”².

3. Por outro lado, a tributação é um elemento essencial ao Estado e a principal fonte de recursos para custear sua existência, razão pela qual é importante parcimônia quanto à concessão de desonerações tributárias para o ICMS, em virtude da necessidade de manter um nível razoável de recursos para funcionamento do estado e para evitar práticas nocivas à livre concorrência, uma vez que empresas do mesmo ramo podem ter cargas tributárias diversas em razão de desonerações de diferentes níveis do ICMS por unidades federativas diversas. Vale trazer entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica quanto aos reflexos da guerra fiscal na livre concorrência:

- 1) Incentivos financeiros-fiscais possuem o mesmo efeito que incentivos fiscais tanto para a empresa beneficiada quanto para o mercado.
- 2) Tais incentivos importam na redução do montante do imposto a pagar, resultando, dada a estrutura tributária brasileira, em aumento do lucro para as empresas beneficiadas de até centenas de pontos percentuais em comparação com aquelas não favorecidas, como demonstrado numericamente.
- 3) Incentivos concedidos no âmbito da ‘guerra fiscal’ podem portanto, alterar a dinâmica econômica e o nível de bem-estar da coletividade, ao gerar os seguintes efeitos: retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país; protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação; possibilita que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam ‘predatoriamente’ eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam eficientes e inovadoras, em função da enorme vantagem de que dispõem; prejudica as

¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 353.

² Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa 2009.4.

Parecer CONFAZ quórum aprovação benefício



demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo ao investimento, à melhoria de eficiência e inovação; gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo pode ser drasticamente alterado – e, qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo; desestimula a realização de investimentos tanto novos quanto na expansão de atividades em andamento, gerando perda de eficiência alocativa na economia, com conseqüente redução de bem-estar.

4) Princípios constitucionais da livre concorrência e da promoção do bem-estar devem ser compatibilizados com outros princípios, como o da redução das desigualdades regionais, de forma que um deles possa ser relativizado, em um caso concreto para assegurar a realização de outro.

5) Incentivos fiscais e financeiros-fiscais podem ser concedidos, na forma prevista na Constituição Federal, pela União ou pela unanimidade dos Estados, o que, ao menos formalmente, assegura o balanceamento dos diferentes objetivos e princípios envolvidos.

6) O simples cumprimento da legislação sobre a concessão de incentivos fiscais realizaria a necessária compatibilização entre os princípios constitucionais mencionados, permitindo a relativização pontual do princípio da livre concorrência apenas naqueles casos em que se avança o princípio da redução das desigualdades, na medida adequada, de maneira a trazer benefícios líquidos para a coletividade.

7) Propostas que reduzam a possibilidade de 'guerra fiscal' ou que disciplinem a concessão de incentivos de forma previsível e segundo um sistema racional (definido pelas autoridades constitucionalmente competentes), podem contribuir para atenuar os danos hoje provocados por esta prática para a eficiência da economia e para o bem-estar e merecem pelas autoridades responsáveis uma cuidadosa atenção.

8) Dada a patente relação do tema com a defesa da concorrência, o CADE permanece passível de engajamento no debate, dentro evidentemente da sua esfera de competência legal." (Consulta nº 38/99 – Rel. Conselheiro Marcelo Calliari – j. 22.3.2000 – DOU 1-E de 28.4.2000).

9)

4. A Constituição Federal restringiu a liberdade de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais em relação ao ICMS no seu art. 155, § 2º, inciso XII, alínea (g), a fim de evitar efeitos danosos para os Estados e Distrito Federal e para a sociedade como um todo, preservando um certo nível de equilíbrio concorrencial.

5. A regulação do dispositivo constitucional é dada pela Lei Complementar nº 24, de 1975, na qual está estabelecido que desonerações do tributo devem ser concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. A celebração dos convênios deve ser realizada 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, presente a maioria dos representantes das unidades da federação.

6. O Supremo Tribunal Federal já deixou bastante claro a constitucionalidade da disciplina preconizada pela Lei Complementar nº 24, de 1975, ao entender pela inconstitucionalidade de benefícios tributários concedidos sem respaldo de decisão do Conselho Nacional de Política Fazendária:

(...).

7. O quórum para aprovação dos convênios que permitirão a concessão válida dos benefícios tributários foi previsto no art. 2º, § 2º da Lei Complementar nº 24, de 1975, sendo necessária



Registro PGFN nº 479234/2016

unanimidade dos Estados representados. Tal quórum é compatível com a necessidade de preservação da arrecadação tributária e de manutenção de um ambiente de equilíbrio concorrencial.

8. Por outro lado, a revogação total ou parcial da decisão do Conselho Nacional de Política Fazendária que autorizou a concessão dos benefícios demanda um quórum diferenciado, previsto na parte final do art. 2º, § 2º da Lei Complementar nº 24, de 1975, segundo a qual a redução do benefício demanda aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes. Vejamos o art. 2º da mencionada Lei Complementar:

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.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 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.

§ 3º - Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União.

Art. 3º - Os convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas Unidades da Federação.

9. Parece-nos que o legislador objetivou permitir a reversão dos benefícios de maneira mais simples que sua implementação, uma vez que a reversão gera mais recursos para os Estados e Distrito Federal financiarem suas políticas públicas, além de reduzir desequilíbrios concorrenciais causados pelos benefícios.

10. Assim a leitura do dispositivo legal não permite grande margem a interpretação, a redução dos benefícios tributários por revogação total ou parcial se dará por decisão de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

11. Dessa forma, em face das razões jurídicas apresentadas ao longo do presente Parecer, respondendo aos questionamentos formulados pela Secretaria-Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária, entendemos que o quórum para restrição do Convênio ICMS nº 42/2016 será de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes em reunião para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal."

4. O Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, "*autoriza os Estados e o Distrito Federal a criar condição para a fruição de incentivos e benefícios fiscais no âmbito do ICMS ou reduzir o seu montante.*" Muito embora aludido convênio cuide de incentivos e benefícios fiscais, não trata, propriamente de sua concessão, pelo contrário, veicula regras que podem levar à diminuição do gozo de incentivos e benefícios fiscais no âmbito do ICMS, senão vejamos a sua literalidade:

Parecer CONFAZ quórum aprovação benefício



“CONVÊNIO ICMS 42, DE 3 DE MAIO DE 2016

Publicado no DOU de 06.05.16, pelo Despacho 70/16.

Ratificação nacional no DOU de 24.05.16, pelo Ato Declaratório 7/16.

Autoriza os estados e o Distrito Federal a criar condição para a fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS ou reduzir o seu montante.

Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 261ª Reunião Extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 3 de maio de 2016, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam os estados e o Distrito Federal autorizados a, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais de apuração, que resultem em redução do valor ICMS a ser pago, inclusive os que ainda vierem a ser concedidos:

I - condicionar a sua fruição a que as empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício; ou

II - reduzir o seu montante em, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º O descumprimento, pelo beneficiário, do disposto nos incisos I e II do *caput* por 3 (três) meses, consecutivos ou não, resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício.

§ 2º O montante de que trata o inciso I do *caput* será calculado mensalmente e depositado na data fixada na legislação estadual ou distrital.

Cláusula segunda A unidade federada que optar pelo disposto no inciso I da cláusula primeira instituirá fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas, constituídos com recursos oriundos do depósito de que trata o inciso I da cláusula primeira e outras fontes definidas no seu ato constitutivo.

Cláusula terceira Fica revogado o Convênio ICMS 31/16, de 8 de abril de 2016.

Cláusula quarta Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir da data de sua ratificação nacional.”

5. Abstraídas questões de mérito e de adequação constitucional da avença³, o que se verifica de sua Cláusula Primeira é uma autorização para que as unidades federadas possam

³ De acordo com notícias extraídas da página eletrônica do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=333542&caixaBusca=N>), “a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5635) no Supremo Tribunal Federal (STF) para questionar a Lei 7.428/2016, do Estado do Rio de Janeiro, que condiciona o aproveitamento de incentivos fiscais relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) a depósitos em favor do Fundo Parecer CONFAZ quórum aprovação benefício



Registro PGFN nº 479234/2016

condicionar a fruição de incentivos e benefícios fiscais, financeiros fiscais ou financeiros a um depósito no fundo de que trata a cláusula Segunda de montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício, ou reduzir o montante em, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício.

6. Assim, o principal objeto do Convênio ICMS 42, de 2016, é a possibilidade de criação de condições ou limitações, para a fruição de incentivos e benefícios, conforme disposto nos incisos I e II de sua Cláusula Primeira. Tudo indica, pois, que o objeto do Convênio ICMS 42, de 2016, configura uma espécie de revogação parcial de incentivos e benefícios.

7. Uma vez delimitado o objeto do Convênio 42, de 2016, vejamos a subsunção da situação disposta pela Secretaria Executiva do CONFAZ acerca do quórum necessário para efetivar modificações no Ajuste. Segundo a Consultante, *“cumpre anotar que o Convênio ICMS 42/16, cuja modificação se pretende, foi aprovado por unanimidade pelo CONFAZ e o entendimento deste Colegiado tem sido no sentido de que a alteração de convênio de celebração unânime deve atender o mesmo quórum.”* Pontuá, ainda, que *“no entanto, houve divergência quanto a isto na votação da PC 85/16 (Subst I PR), especialmente porque alguns Conselheiros entendem que há redução e não instituição de benefício fiscal e de que o fato de ser a avença fundamentada na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, não necessariamente exige a unanimidade, pois esta norma traz quóruns diferenciados para determinadas hipóteses.”*

8. A Lei Complementar nº 24, de 1975, se refere expressamente ao quórum para concessão de benefícios (onde se requer decisão unânime dos Estados representados) e ao quórum para a revogação total ou parcial de benefícios (onde se requer aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes).

Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF). A ação foi distribuída para o ministro Luís Roberto Barroso. A norma questionada institui o FEEF do Estado do Rio de Janeiro e estabelece condições para obtenção de incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS. De acordo com a CNI, a lei foi editada com base no Convênio Confaz 42/2016, que autoriza estados e Distrito Federal a criarem condições para o estabelecimento de incentivos e benefícios fiscais referentes ao imposto. (...).”

Párcer CONFAZ quórum aprovação benefício



9. Seguindo uma lógica razoável, o caminho nos leva à conclusão de que se para a revogação de benefícios a Lei Complementar nº 24, de 1975, exige apenas o quórum de quatro quintos, obviamente que para a instituição de condições para o seu gozo ou, numa outra perspectiva, de limitações no montante originalmente concedido, que também são formas de revogações, ainda que parciais, não haveria que se exigir a aprovação unânime dos Estados.

10. Sobre o argumento de que se deve seguir o paralelismo das formas⁴, ou seja, de que o quórum para a modificação do Convênio ICMS 42, de 2016, deve ser o da unanimidade, porque a aprovação do instrumento contou com a unanimidade, não se pode concordar, sobretudo porque a Lei Complementar nº 24, de 1975, não contém disposição que assim determine. Reforça a assertiva o fato de que a própria Legislação estabeleceu quóruns diferenciados para a aprovação e para a revogação de benefícios no âmbito do CONFAZ.

11. Na mesma toada, também não nos parece que seja o caso de aplicação do art. 30, III do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio ICMS 133/97)⁵, pois o Convênio ICMS 42, de 2016, possui conteúdo que alude, ao fim e ao cabo, a revogação de benefícios e incentivos fiscais.

12. Uma ressalva, todavia, é necessária ser consignada. Quando se tratar de condições que estiverem sendo instituídas juntamente com o incentivo ou benefício fiscal, o quórum deverá ser o da unanimidade.

⁴ Segundo esse princípio a revogação ou a modificação de ato administrativo deve ser concretizada pela mesma forma do ato originário.

⁵ Art. 30. As decisões do Conselho serão tomadas:

I - por unanimidade dos representantes presentes, na concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais previstos no artigo 1º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975;

II - por quatro quintos dos representantes presentes, na revogação total ou parcial de isenções, incentivos e benefícios fiscais concedidos;

III - por maioria dos representantes presentes, nas demais deliberações.

Parágrafo único. Cabe ao Presidente o voto de desempate nas decisões do inciso III.



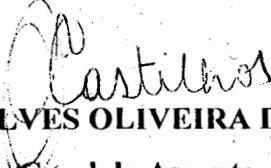
Registro PGFN nº 479234/2016

III

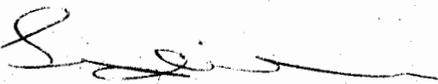
13. Em conclusão, opina-se no sentido de que o quórum para as alterações pretendidas pela PC 85/16 (Substitutiva 1 PR) no Convênio ICMS 42, de 2016, é o constante da parte final do § 2º do art. 2º da Lei Complementar nº 24, de 1075, ou seja, quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

À consideração superior.

COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS, em 5 de abril de 2017.


NÚBIA NETTE ALVES OLIVEIRA DE CASTILHOS
Coordenadora-Geral de Assuntos Tributários

De acordo. À consideração do Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional.
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 5 de abril de 2017.


LEONARDO DE ANDRADE REZENDE ALVIM
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria Tributária e Previdenciária

Aprovo. Remeta-se, **com urgência, em meio físico e eletrônico**, à Secretaria Executiva do CONFAZ, para conhecimento e providências que entender cabíveis.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 5 de abril de 2017.


FABRÍCIO DA SOLLER
Procurador-Geral da Fazenda Nacional