



PARECER SEI Nº 5155/2019/ME

PARECER PÚBLICO. Ausência de hipótese que justifique qualquer grau de sigilo. 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 – CONFAZ. CONVÊNIO ICMS nº 142/2018. Propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6249. Pedido de subsídios pela Coordenação de Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral.

Processo SEI nº 14021.116382/2019-77

I

1. Trata-se de solicitação de subsídios pela Coordenação de Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral (CASTF) da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), para manifestação da Fazenda Nacional acerca do teor da Petição inicial na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 6249 (ADI nº 6249). **O pedido é de urgência**, uma vez que há prazo judicial em curso, com recomendação de envio das informações à CASTF, **até a próxima quarta-feira dia 18/12/2019**, para que a Fazenda Nacional apresente manifestação na Ação em comento.

II

2. O objeto da ADI nº 6249, proposta pela Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) é a Cláusula Décima Segunda do Convênio ICMS nº 142/2018. Referido Convênio “*Dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e de Comunicação (ICMS) com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes.*”

3. A Cláusula impugnada, por sua vez, reza que “*Tratando-se de operação interestadual com bens e mercadorias submetidos ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, a base de cálculo do imposto devido será o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual.*”

4. A Autora aduz que a Cláusula Décima Segunda do mencionado Convênio ICMS viola: i) a competência privativa da lei complementar para dispor sobre a base de cálculo do ICMS (art. 146, III, “a”; 155, § 2º, XII, “b e “i” da CF) e o princípio da estrita legalidade tributária (150, I da CF); ii) o princípio da capacidade contributiva, a materialidade do ICMS e a regra constitucional que autoriza a cobrança do DIFAL e define o seu limite quantitativo (145, § 1º e 155, II, § 2º, VII, da CF).

5. Com base nesses argumentos e invocando a presença dos requisitos necessários ao deferimento de medida cautelar, a Autora postula a suspensão da eficácia da Cláusula Décima Segunda do Convênio ICMS 142/2018. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade da Cláusula Décima Segunda do Convênio ICMS 142/2018, diante da violação aos arts. 145, § 1º, 146, inciso III, alínea “a”; 150, inciso I; 155, § 2º, incisos VII e VIII, inciso XII, alíneas “b” e “i”; 155, inciso II, todos da Constituição Federal.

6. Preliminarmente, devemos chamar atenção para o fato de que o Ministro de Estado da Economia preside o CONFAZ em condição de neutralidade, como ficou consignado no Parecer PGFN/CAT nº 1.652/2011, cujo trecho a seguir colacionamos:

5. Com a finalidade de subsidiar a defesa da União no processo em apreço entendemos por bem explicitar o papel da União junto ao Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, mormente no que diz respeito a convênios firmados com fulcro nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional.

6. De acordo com o mandamento constitucional inserto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da CF, cabe à lei complementar regular a forma como mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. O ato normativo que rege esse mandamento é a Lei Complementar nº 24, de 1975. Aludida Lei estabelece, no seu art. 1º, que as isenções do ICMS são concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, sendo isto aplicável também à redução da base de cálculo, devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsáveis ou a terceiros, concessão de crédito presumido, quaisquer outros incentivos ou favores fiscais, concedidos com base no imposto, dos quais resultem redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus.

7 Os convênios são celebrados em reuniões das quais participam representantes dos Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representante do Governo Federal e, no caso de benefícios, dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados (art. 2º da LC 24/75) [i].

8. O fórum representativo dos Estados para fins da concessão de benefícios de nomina-se Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, órgão que, a teor de seu Regimento Interno [ii], reúne-se ordinariamente a cada trimestre, é constituído por representantes dos Estados e do Distrito Federal e um representante do Governo Federal (que o preside, não tendo, porém, direito a voto), tendo por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional - CMN na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

9. Como se pode verificar, o representante do Governo Federal no Conselho, no caso o Ministro da Fazenda, apenas preside o fórum como um elemento neutro, pois, na realidade, o CONFAZ só cuida de assuntos que dizem respeito à esfera estadual, não tendo o Governo Federal poder de deliberação no âmbito do mesmo.

10. Como já ficou explicitado, a razão de ser do CONFAZ é a decisão relativamente a benefícios e incentivos fiscais, mas aproveita-se a oportunidade da reunião dos

membros da Federação para fins de decidir matérias concernentes ao exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal, de acordo com o previsto no art. 3º do Regimento Interno do Órgão [iii].

11. Tais artigos do Código Tributário Nacional cuidam da extraterritorialidade [iv] e da ação integrada das administrações tributárias [v]. Este último tema, inclusive, foi acrescentado à CF por meio da EC nº 42, de 2003, no inciso XXII do art. 37. Dessa forma, a União, Estados e Municípios devem atuar de forma integrada, compartilhando cadastros e informações fiscais, na forma de lei ou convênio.

12. Ocorre que no caso do Convênio ICMS 59, de 2011, celebrado no âmbito do CONFAZ, órgão que congrega somente os Estados, não há a participação da União ou dos Municípios nos seus termos. O ato trata somente de acordo entre as unidades federadas signatárias, as quais podem definir especificações diferenciadas nas configurações dos equipamentos para fins de adequar a periodicidade da transmissão e a variação mínima no volume das informações, de acordo com a necessidade e capacidade de cada ente. [...]. (negritos)

7. O fato de existir neutralidade da União no CONFAZ levou a PGFN a formar entendimento de que o fornecimento de subsídios para Ação Direta de Inconstitucionalidade seria incumbência dos Estados e Distrito Federal, como consignado nos Pareceres PGFN/CAT/Nº 205/2016 e Nº 1421/2016. Vejamos um trecho do primeiro Parecer mencionado:

[...] o fornecimento dos subsídios para a ADIN incumbe às próprias unidades federadas, que, inclusive, integram, por suas respectivas Procuradorias, o Grupo de Trabalho 10 - Procuradorias da Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE.

8. Com efeito, a assertiva da neutralidade está disposta nos comandos do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio ICMS 133/97 - acessado em: www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/cv133_97):

Art. 1º O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ tem por finalidade promover ações necessárias à elaboração de políticas e harmonização de procedimentos e normas inerentes ao exercício da competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, bem como colaborar com o Conselho Monetário Nacional - CMN na fixação da política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e do Distrito Federal e na orientação às instituições financeiras públicas estaduais.

Art. 2º O Conselho é constituído por representante de cada Estado e Distrito Federal e um representante do Governo Federal.

§ 1º Representa o Governo Federal o Ministro de Estado da Fazenda, ou representante por ele indicado.

(...)

Art. 7º As reuniões do Conselho serão presididas pelo Ministro de Estado da Fazenda ou por representante de sua indicação.

§ 1º As reuniões do Conselho contarão com a participação de representantes da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, da Secretaria da Receita Federal - SRF e da Secretaria do Tesouro Nacional - STN, que poderão participar dos debates, sem direito a voto.

§ 2º Poderá o Presidente convidar outras autoridades a fazer parte dos trabalhos, ou prestar esclarecimentos acerca de matérias incluídas na pauta da reunião, sendo-lhes vedada a participação nos debates e na votação.

(...)

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.

9. Como se vê dos dispositivos acima transcritos, o CONFAZ é constituído por representante de cada Estado e Distrito Federal e um representante do Governo Federal. Representa o Governo Federal o Ministro de Estado da Fazenda, agora Ministro de Estado da Economia, ou representante por ele indicado. Ao Ministro de Estado da Economia, ou representante por ele indicado, cabe presidir as reuniões do CONFAZ. Por fim, nos termos do Parágrafo Único do art. 30 do Regimento do Conselho, cabe ao Presidente o voto de desempate nas decisões apenas do inciso III do indigitado artigo, ou seja, em deliberações que não sejam referentes às matérias dos incisos I e II do art. 30 (estas, resumidamente, aludem à concessão e revogação de incentivos e benefícios fiscais).

10. O Convênio ICMS nº 142/2018 versa sobre regime de substituição tributária do ICMS, conforme se observa de sua Cláusula Primeira, medida que atinge diretamente a esfera tributária dos Estados e Distrito Federal que aderirem às cláusulas nele constantes e acordos firmados. Nesse sentido, dispõe o art. 9º da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

11. Assim sendo, verifica-se que não há pertinência das atribuições do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Economia, na qualidade de Presidente do CONFAZ, com o mérito e cláusulas do Convênio ICMS nº 142/2018. Todavia, objetivando resguardar os interesses dos Estados e do Distrito Federal, sugere-se ao Exmo. Senhor Ministro de Estado da Economia que eles sejam informados, por intermédio da Secretaria-Executiva do CONFAZ, acerca do ajuizamento da presente ADI e para a necessidade de providências pertinentes à colheita de subsídios técnicos e jurídicos para a defesa do ato.

12. Em paralelo, anote-se que, em rápida consulta ao sistema de pesquisa de jurisprudência, verifica-se precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da ausência de legitimidade da Autora Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade em matéria de Convênio ICMS. Nesse sentido, cita-se ementa de decisão do Tribunal na ADI 5858, Rel. Min. Alexandre de Moraes (j. 09/04/2018):

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA DO CONVÊNIO ICMS 52/2017. ASSOCIAÇÃO DE

CLASSE. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SUPERMERCADOS (ABRAS). PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA. LIAME INDIRETO. INSUFICIÊNCIA DE MERO INTERESSE GERAL DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do STF exige, para a caracterização da legitimidade ativa das entidades de classe e confederações sindicais nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de correlação entre o objeto da declaração de inconstitucionalidade e o escopo institucional associativo. 2. Não há, no caso presente, relação de pertinência temática entre a norma impugnada e o objetivo institucional da Autora, ora Agravante, de representação dos interesses gerais da categoria econômica dos supermercados e das atividades e serviços por essa abrangidos. O liame, que se apresenta indireto, não atende o requisito da pertinência temática. Precedentes. 3. A mera potencialidade geral de dano, de caráter econômico-financeiro, não é suficiente para estabelecer a relação de pertinência temática entre os objetivos estatutários da agravante e as normas impugnadas. Precedentes. 4. Agravo Regimental conhecido e desprovido.

III

13. São essas as razões que reputamos úteis aos esclarecimentos dos fatos e que demonstram a ausência de responsabilidade do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Economia na qualidade de Presidente do CONFAZ, pela questão de mérito da Cláusula atacada envolvendo o Convênio ICMS nº 142/2018.

14. Uma vez aprovado o presente Parecer pelo Exmo. Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional, propomos seja encaminhado ao Exmo. Senhor Ministro de Estado da Economia, opinando pelo seu envio ao Exmo. Senhor Relator da ADI nº 6249, com a sugestão de intimação dos Estados e do Distrito Federal para pronunciamento acerca do ato questionado.

15. Inobstante a providência acima, de solicitar ao Supremo Tribunal Federal a intimação dos Estados e do Distrito Federal, também sugerimos ao Exmo. Senhor Ministro de Estado da Economia, na qualidade de Presidente do CONFAZ, que seja dado conhecimento da ADI nº 6249 às referidas unidades federadas, por intermédio da Secretaria-Executiva do CONFAZ, para que possam prestar os subsídios que entenderem necessários em relação ao mérito da medida impugnada, o qual se encontra em suas esferas de interesse e pertinência.

16. Alertamos que **há prazo judicial em curso a findar-se em 19 de dezembro de 2019,** conforme informado pela Senhora Coordenadora-Geral da PGFN/CASTF, para a qual sugerimos seja dado conhecimento do presente.

Brasília, 17 de dezembro de 2019.

NÚBIA NETTE ALVES OLIVEIRA DE CASTILHOS
PROCURADORA DA FAZENDA NACIONAL

1. De acordo com o Parecer SEI nº 5155/2019/ME;

2. Submeto à consideração do Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Administrativo Tributário.

Brasília, em 17 de dezembro de 2019.

ADRIANO CHIARI DA SILVA
Procurador da Fazenda Nacional
Coordenador de Assuntos Tributários Substituto

1. Aprovo o Parecer SEI nº 5155/2019/ME.

2. Ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional por se tratar de ato endereçado ao Senhor Ministro de Estado da Economia, com sugestão de posterior remessa ao Gabinete do Senhor Ministro de Estado da Economia em prosseguimento.

Brasília, em 17 de dezembro de 2019.

MARIO AUGUSTO CARBONI
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Administrativo Tributário Substituto

[i] Nota do texto:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

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.

[ii] Nota do texto: Aprovado pelo Convênio 133/97

[iii] Nota do texto:

Art. 3º Compete ao Conselho:

I - promover a celebração de convênios, para efeito de concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto de que trata o inciso II do art. 155 da Constituição, de acordo com o previsto no § 2º, inciso XII, alínea "g", do mesmo artigo e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975;

II - promover a celebração de atos visando o exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), como também sobre outras matérias de interesse dos Estados e do Distrito Federal.

III - sugerir medidas com vistas à simplificação e à harmonização de exigências legais;

IV - promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais - SINIEF, para a coleta, elaboração e distribuição de dados básicos essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias.

V - promover estudos com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Tributária e do Sistema Tributário Nacional como mecanismo de desenvolvimento econômico e social, nos aspectos de inter-relação da tributação federal e da estadual;

VI - colaborar com o Conselho Monetário Nacional na fixação da Política de Dívida Pública Interna e Externa dos Estados e Distrito Federal, para cumprimento da legislação pertinente e na orientação das instituições financeiras públicas estaduais,

propiciando sua maior eficiência como suporte básico dos Governos Estaduais.

§ 1º O Conselho pode, em assunto técnico, delegar, expressamente, competência à Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS para decidir, exceto sobre deliberação para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

§ 2º O Conselho poderá, ainda, colaborar com entidades e outros órgãos da administração pública.

[iv] Nota do texto:

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União.

[v] Nota do texto:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

7.8 - CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – CONFAZ



Documento assinado eletronicamente por **Núbia Nette Alves Oliveira de Castilhos, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 17/12/2019, às 18:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Adriano Chiari da Silva, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 17/12/2019, às 18:43, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Mario Augusto Carboni, Procurador(a)-Geral Adjunto(a) de Consultoria Tributária e Previdenciária Substituto(a)**, em 17/12/2019, às 18:46, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **5583769** e o código CRC **38E577D3**.



DESPACHO

Processo nº 14021.116382/2019-77

Trata-se de solicitação de subsídios pela Coordenação de Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral (CASTF) da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), para manifestação da Fazenda Nacional acerca do teor da Petição inicial na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 6249 (ADI nº 6249), com exame pela Coordenação-Geral de Assuntos Tributários mediante o Parecer 5155 (5583769), com o de acordo do Sr. Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Administrativo Tributário Substituto.

Aprovo. Ao Gabinete do Sr. Ministro da Economia, com URGÊNCIA.

Brasília, 18 de dezembro de 2019.

Documento assinado eletronicamente

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR

Procurador-Geral da Fazenda Nacional



Documento assinado eletronicamente por **Jose Levi Mello do Amaral Junior, Procurador(a)-Geral da Fazenda Nacional**, em 18/12/2019, às 12:08, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **5628089** e o código CRC **AA5C49AA**.