

aly

# No banco dos réus

Ives Gandra da Silva Martins\*

**M**atéria que deve ser refletida pelos contribuintes brasileiros, já que não foi suficientemente meditada pelos secretários de Fazenda dos estados, diz respeito ao espectro de abrangência de sua atuação legislativa à luz do disposto no § 8º do artigo 34 das Disposições Transitórias da Constituição.

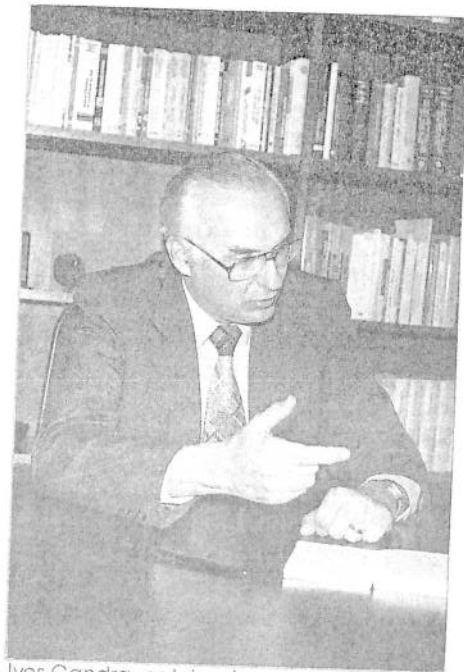
Tem o dispositivo a seguinte dicção:

"Se, no prazo de 60 dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o artigo 155, I, b, os estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria".

O vocábulo "necessária" é o mais importante para compreensão do referido discurso. O que os constituintes pretendiam ofertar a meros servidores dos governos estaduais não foi o direito de fazer lei complementar — direito que nem o presidente da República tem — mas sim a possibilidade de legislar no "vácuo", isto é, na ausência de tratamento legislativo sobre a matéria.

Em outras palavras, desde que não houvesse tratamento legislativo atual ou recepcionado, isto é, na ausência absoluta de legislação constitucional ou complementar sobre a matéria, poderiam, apenas neste estreito limite, atuar os senhores secretários da Fazenda.

À evidência, toda a legislação complementar sobre o ICM (DL 406/68 e seguintes), recepcionada pela nova ordem, ou ainda todo o tratamento constitucional oferecido ao ICMS, suficiente para evitar o vácuo legislativo, constituem área de atuação vedada à competência legislativa



Ives Gandra: as leis sob suspeita

va delegada aos senhores secretários de Fazenda, razão pela qual os convênios 66/88 e 7/89 que produziram sobre tais assuntos são de notória inconstitucionalidade.

Exemplo típico é o tratamento outorgado aos produtos semi-elaborados para exportação, matéria a que a própria Constituição ofertou tratamento maior (imunidade no inciso X, letra "a" do art. 155 § 2º) e que só poderia ser mudado por lei complementar produzida pelo Congresso, em face de inexistência de "vácuo legislativo".

O constituinte, todavia, delegou competência apenas no concernente à produção de lei complementar.

Alguns intérpretes entendem inclusive que a competência outorgada aos senhores secretários está circunscrita somente à concessão de isenções, visto que a referên-

cia às forças da lei complementar 24/75 não poderia alargar o restrito campo de atuação permitido por aquela lei outorgada pelo texto constitucional anterior.

Sem entrar no mérito de os limites serem os da própria lei complementar 24 ou de legislar no vácuo legislativo, mesmo que não sobre isenções, o certo é que os constituintes não ofertaram aos senhores secretários de Fazenda o direito de produzir Resoluções do Senado, vale dizer, não autorizaram os senhores secretários de Fazenda a estabelecer alíquotas de exportação e interestaduais.

Com efeito, o inciso IV do artigo 155 § 2º da Constituição Federal outorga com exclusividade ao Senado a determinação de alíquotas interestaduais e de exportação, condicionando a deliberação dos estados para alterar as alíquotas internas à existência de alíquotas interestaduais no inciso VI, estando ambos os dispositivos assim redigidos:

"§ 2º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte;

.....  
IV. resolução do Senado Federal, de iniciativa do presidente da República ou de um terço dos senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

.....  
VI. salvo deliberação em contrário dos estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, g, as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais; ....".

0759

Ora, se as alíquotas interestaduais só podem ser definidas pelo Senado — não tendo os secretários da Fazenda tal competência — e as internas estão parametradas pelas interestaduais, à evidência a faculdade do inciso V, assim redigido:

“V. é facultado ao Senado Federal:

- a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;
  - 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”.
- constitui o que se denomina em direito de

um “poder-dever”, isto é, uma faculdade de exercício obrigatório.

Em outras palavras, enquanto não houver resolução do Senado sobre serviços de transportes, já que as resoluções anteriores eram apenas sobre operações relativas à circulação de mercadorias, não haverá qualquer possibilidade de se exigir ICMS das empresas transportadoras, não só nas operações interestaduais, à falta de resolução senatorial, mas nas operações internas à falta de parâmetro, com o que entendo que não estão, salvo melhor juízo, sujeitas ao ICMS até que o Senado determine as alíquotas aplicáveis às mesmas e outras operações.

Por essa razão, entendo que as empresas de transporte que não desejem subme-

ter-se às inconstitucionais legislações estaduais, que, sem resolução do Senado, determinaram alíquotas ilegais, deverão recorrer ao Poder Judiciário mediante mandado de segurança individual ou ação ordinária precedida de medida cautelar inominada com pedido de liminar, objetivando sustar a ilegal exigência.

A melhor forma de ensinar os governos a cumprir a Constituição é levá-los às barras dos tribunais, para que aprendam a servir à sociedade e não a dela se servirem, como tem sido a tônica das três esferas de Poder no Brasil.

**\*Professor titular de Direito Econômico da Univ. Mackenzie, presidente da Academia Internacional de Direito e Economia**

## Pequeno dicionário do ICMS

**Alíquota** — Índice ou percentagem indicada em lei para ser aplicada sobre a base de cálculo do fato gerador, a fim de determinar a quantidade devida pelo contribuinte a título de obrigação tributária.

**Apuração** — Em virtude de o ICMS ser não-cumulativo, correspondendo o valor a recolher à diferença a pagar, em cada período, entre o imposto devido sobre operações tributadas e o pago nas operações anteriores, é necessário apurar o tributo a ser recolhido. São utilizados regra geral dois sistemas de apuração — regime mensal ou de estimativa. Quem estima o valor a recolher é o Fisco. Mensalmente o contribuinte vai recolhendo a parcela estimada, compensando-se ao final do período (semestral ou anual) créditos e débitos adicionais ocorridos em relação à estimativa.

**Base de cálculo** — Grandeza, expressão numérica valorativa ou modo de ser do fato gerador, fixado em lei, ou numeral que serve para indicar sobre que grandeza recairá a alíquota do tributo.

**Compensação do crédito** — Direito de o contribuinte aproveitar o valor do imposto pago e destacado em documento fiscal referente a produtos e serviços, desde que haja saída ou serviço subsequente tributado.

**Contribuinte** — Pessoa que deve pagar o tributo ou cumprir obrigação acessória.

Pode ser **de direito** (o que recolhe o tributo) ou **de fato** (pessoa que na verdade suporta econômica ou financeiramente o ônus do tributo).

**Diferimento** — Ação ou efeito de adiar, adiamento. Em direito tributário significa adiar o momento da ocorrência do fato gerador para a fase seguinte da atividade ou situação tributada, transferindo o ônus ou a obrigação a outro ou ao mesmo contribuinte, em período futuro, após a ocorrência de determinada fase ou situação considerada intermediária. O tributo continua exigível, mas tem adiado seu período de exigência, suspendendo-se a incidência tributária temporariamente ou sujeita a ocorrência de condição posterior especificada em lei.

**Estabelecimento** — Prédio em que são exercidas as atividades do contribuinte.

**Fato gerador** — Situação a que a lei vincula o pagamento, a obrigação de pagar o tributo ou de cumprir determinada exigência acessória. É um fato econômico a que a lei atribui a missão de fazer nascer a obrigação de pagar o tributo ou de cumprir qualquer outra obrigação fiscal.

**Imunidade** — Limitação constitucional que consiste em proibir a possibilidade de tributar ato, fato ou situação.

**Incidência** — Situação, ato ou fato alcançado pelo fato gerador do tributo.

**Isenção** — Dispensa legal de pagar o tributo em relação a caso em que ocorre o fato gerador e há incidência.

**Não-incidência** — Supressão legal de fato, ato ou situação do campo de incidência tributária.

**Obrigação acessória** — Qualquer outro ônus que não consista em pagar o tributo, tal como escriturar livros, emitir documentos ou prestar informações.

**Obrigação principal** — Ônus de pagar o tributo.

**Responsável** — Pessoa que, sem ser o contribuinte de fato ou de direito, é escolhida pela lei, pela sua vinculação com o fato gerador, para recolher o tributo, em caráter supletivo (solidário) ou substitutivo integral.

**Sujeito ativo** — Ente do poder público que institui e cobra o tributo.

**Suspensão da obrigação tributária** — Pode ter a forma de diferimento ou de não-tributação definitiva de produtos e serviços, conforme dispuser a lei.

**Tributo** — Prestação monetária, obrigatória, instituída em lei e cobrada administrativamente. No Brasil, os tributos são impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuições especiais.

**Fonte:** Enciclopédia Saraiva de Direito, Saraiva S/A, São Paulo.