

Primeiro, impositiva, uma referência às raízes sediadas na crença, para não dizer na obstinação com que o ilustre Procurador do Estado, Doutor HUMBERTO RIBEIRO SOARES, desde os primórdios da eficácia dispositiva do Convênio ICMS nº 66/88, vindo à luz oficial no dia 16 de dezembro de 1988, sustentava, ao afincado de loquaz convicção, a fundamental desconformidade do disposto no art. 33 do citado Diploma, chegando, mais tarde, a produzir alentado escrito, sobre o qual foi decalcada a inicial da ADIN nº 715-7, cuja decisão vestibular é o foco das presentes e desprezíveis discepções.

Segundo, importa em que se preantecipe a retorção ao argumento aflorado pelo ilustre Ministro PAULO BROSSARD, na alusão, embora ligeira e de aceção secundária, ao decurso do tempo entre a eficácia e o alvejamento... É que a relativa tardança na decisão juspolítica de adotar a medida processual argüente de inconstitucionalidade - ao passo, lembre-se, a pessoa do governante migrou exatamente no intertempo - esteve diretamente ligada a um dos fundamentos do "meritum casuae" e, portanto, indiretamente a um dos supedâneos do cabimento da medida processual, o "fumus boni juris".

Veja-se: a questão tem como fulcro o tratamento legislativo-tributário imprimido à produção (inclua-se importação) e circulação de petróleo de um Estado-Membro para outro. O Estado do Rio de Janeiro, seguido muito ao longe, mas ao par, pelo de Sergipe, está incluído entre os únicos cinco ou seis que se dão ao luxo privilegiado de ter e de explorar petróleo bruto no seu território e de remetê-lo para outros Estados, no quanto sobeje ao seu consumo, respondendo por sessenta por cento (60%) DE TODO O PETRÓLEO BRASILEIRO.

Não editada a lei complementar prevista como instrumento de regulação do aspecto tributário envolvido, ao lastro do disposto no art. 34 do A.D.C.T. sobreveio o Convênio ICMS nº 66/88, cujo art. 33, por desaviso ou incompetência de então governantes, passou a custodiar o interesse de algumas empresas produtoras de petróleo fluminense, coincidente com o dos grandes Estados não-produtores (São Paulo, Paraná, Mato Grosso do Sul e mais cerca de uma vintena) no sentido de que a IMUNIDADE TRIBUTÁRIA que reveste a espécie (art. 155, parág. 2º, inciso X, letra "b" da Constituição Federal) resultasse em crédito acumulado (sic) contra a Fazenda do Estado-produtor (sic) em favor das empresas remetentes de petróleo (sic) para outros Estados.

Está dito com todas as escandalosas letras no malsinado adminículo convenial (art. 33) "ab verbis"

"Não se exigirá a anulação do crédito relativo à entrada que corresponderem às operações de que trata o inciso II do art. 3º."

O art. 3º, inciso II do Texto versa, exatamente a circulação, para outros Estados, de petróleo (combustíveis líquidos e gasosos) produzidos no Estado remetente.

Aqui fica, de logo, esfusiantemente claro que a sistemática convenial, excepcionalmente revivescida (art. 34 do A.D.C.T.), terá sido influenciada pelo verdadeiro rolo compressor de Estados-Membros paritariamente representados sobre a acachapante minoria dos Estados-Membros produtores... A par e passo, a acumulação de créditos contra a Fazenda fluminense passava a representar a cifra estonteante a estupefaciente de três milhões e quinhentos mil dólares DIÁRIOS de créditos acumulados, pelo menos como moeda escritural, nas mãos de umas que poucas empresas, em subtração de recursos indispensáveis à gerência econômico-financeira do Estado do Rio de Janeiro.

Havia, pois, de um lado, delicada *questão federativa* a entranhar a possível apreciação da pretensão de reverter o quadro iniquamente inconstitucional, e, de outro lado, as naturais resistências opinativas pela assunção do raciocínio cômodo, primário e simplista de que a adversativa "salvo determinação em contrário da legislação" (art. 155, II, pará. 2º C.F.) constituía garantia suficiente à imutabilidade do regramento explícito do art. 33 do Convênio ICMS 66/88, já que editado este segundo o cânones constitucionais vigentes (art. 34 do A.D.C.T) e "in locu et vis" da lei complementar prevista na própria Carta.

A iniciativa, ou melhor, a DECISÃO de argüir a inconstitucionalidade portanto, numa primeira mão terá passado por lento processo de convicção formativa de posição no próprio âmbito da defesa dos interesses do Erário fluminense, e, bem assim, nele também enfrentado séria questão político-federativa envolvendo maciças e notórias forças enxadversativas, quer no setor público dos Estados não-produtores quer no privado, das empresas beneficiárias do insulto à Constituição. Até aqui, a explicação do "*cursus temporis*".

Com o atilamento de sempre, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, festejado exponencial do juspublicismo contemporâneo já avisava que "*pior do que transgredir uma lei era infringir um princípio*". Precisamente por isso, aqui dessangra a chaga do malferimento da Lei Maior. Quem o proclama é o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, único intérprete legitimado a expender, explicitamente, a letra constitucional. Fê-lo no aresto sob comento, às completas e às definitivas.

De início, remarque-se, ao prover ao reclamo constitucional seguiu trilha aberta e batida anteriormente na assemelhação ao "*decisum*", também liminar, proferido na ADIN nº 600-2-MG, tudo indicando que o rumo desaçaimado-venha a estradar.

A seguir, mesmo considerando, como considerou o Convênio nº 66/88, norma jurídica cogente como sucedâneo constitucional da própria lei complementar, de igual força a eficácia posto que conforme a hipótese da "*vacatio legis*" prevista no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a expressiva e sólida maioria do S.T.F. respondeu que ainda assim e por isso mesmo é que salta a INCONSTITUCIONALIDADE do art. 33 daquele Convênio já que outra causa não fez do que transformar em *regra cogente* aquilo que a Lex Maxima só admitiu como *exceção*!! Proclamou o nosso COLEGIO MAIOR DE JUDICATURA que nem a lei suplementar, acaso existente, poderia dar-se ao destempero de subverter a norma principiológica da Constituição e integrativa do conceito do instituto tributário constitucionalmente adotado: - O ICMS e a sua inafastável natureza neutral. Com efeito, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PREANTECIPOU O ENTENDIMENTO DE QUE NEM A LEI COMPLEMENTAR PODERIA CONTER DISPOSITIVO IGUAL, ANÁLOGO OU SEMELHANTE AO QUE VEIO INSCRITO NO ART. 33 DO CONVÊNIO ICMS Nº 66/88!!!

O "*thema decidendum*" posto diante do Pretório Excelso foi o de saber, "*in ipsis verbis*"

"... se o Convênio celebrado pelos Estados e pelo Distrito Federal, em substituição à Lei Complementar não editada no prazo estabelecido, poderia ressaltar, como o fez, que na não-incidência do ICMS sobre operações..."

"... que destine a outro Estado, petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica, a outros Estados..."

"... não se exigirá, como possibilita a ressalva constitucional (inciso II, § 2º, art. 155), a anulação do crédito relativo às entradas correspondentes a essas operações."

A resposta *negativa e peremptória* veio de maneira irresponsável, calcada na consideração de que, "*verbis*".

"A LEGISLAÇÃO NÃO PODERÁ TRANSFORMAR A EXCEÇÃO EM REGRA" posto que "CABE À LEI COMPLEMENTAR ESTABELECEER CASOS DE MANUTENÇÃO DE CRÉDITO... E NÃO ESTABELECEER COMO REGRA A MANUTENÇÃO DO CRÉDITO... A CONSTITUIÇÃO, ESTÁ-SE A VER, NÃO AUTORIZA O LEGISLADOR DA LEI COMPLEMENTAR A ESTABELECEER COMO REGRA, A MANUTENÇÃO DO CRÉDITO", daí a conclusão de que o Convênio... "ASSIM PROCEDENDO, APLICOU MAUS TRATOS AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO... "ELEMENTO VITAL AO FEDERALISMO, SEGUNDO GEORGES SCHELLE".

É que, ao desassombro de dúvidas, a Carta de 88 minudenciou provimento no sentido de garantir, ao nosso ICMS, a pureza de atributo fundamental que sustentou a implantação e garantiu o sucesso da T.V.A. - na verdadeira "federação tributária européia" representada pelo Mercado Comum Europeu - a NEUTRALIDADE DO IMPOSTO para abolindo a incidência em cascata, garantir que a sua aplicação viesse sempre revestida dos atributos da incidência uniforme a cada etapa da circulação da riqueza, sem possibilidade de privilegiar quaisquer dos partícipes da respectiva cadeia. Exatamente essa primária garantia ser insculpe na congêrie de providências enunciadas sob as letras "a" e "b" do inciso II, § 2º do art. 155 da nossa Constituição, SALVO EXCEÇÕES que a legislação contemple em casos de isenção e não-incidência.

Então, vê-se às claras, a *regra vale dizer, a norma geral e cogente* há de ser a de que a operação subsequente não conte com crédito algum a compensar E não acarrete a anulação de crédito relativa à operação anterior. Realmente, só com a simultânea adoção de AMBOS os critérios (letras "a" e "b" do admissível constitucional) é possível preservar os PRINCÍPIOS federativo e isonômico que a NEUTRALIDADE DO ICMS tem o mérito de garantir, e, não há como "a legislação", seja complementar, ordinária ou convenial possa erigir como *regra* aquilo que a Constituição Federal admite, apenas como *exceção*!!

Em apertada síntese, a respeitável decisão do Supremo Tribunal Federal em referência,

a - apesar de liminar, preantecipa e assegura o mérito que terá sido penetrado, inclusive à base de precedente;

b - conforme o disposto no art. 34 do ADCT, equipara em força e eficácia o Convênio ICMS nº 66/88 à Lei Complementar;

c - proclama a inconstitucionalidade do art. 33 do citado Convênio que erige em regra corrente aquilo que o Texto Maior apenas admite como exceção.

MARCUS DE MORAES
Subprocurador-Geral do Estado