

Aspectos de Tributação Estadual *

Gilberto de Uihôa Canto

Presidente da ABDF — Associação Brasileira
de Direito Financeiro
Membro do Conselho Geral da IFA — International
Fiscal Association

A Constituição de 1988, na parte tributária, veio tangida por uma tendência revisionista que, na verdade, tinha, em parte, foco em correntes políticas que no Brasil têm se fortalecido muito: os regionalistas, que pleiteiam ou preconizam o fortalecimento dos Estados e também dos Municípios. E nesse ponto não há o que objetar. Sou a favor da descentralização, em termos, evidentemente. Apenas me parece que houve um pouco de precipitação na redução do campo impositivo da União Federal, por não ter havido uma correspondente redução dos encargos que lhe cabiam.

É de notar que a Constituição foi bastante inflacionária, no sentido de que criou muitos encargos. Criou cinco tribunais novos, e nós sabemos que não é fácil nem barato formar tribunais, principalmente do nível federal.

Aumentou o número de representantes do Poder Legislativo, deu à União encargos novos. O Estado se tornou muito mais assistencialista, muito mais intervencionista, de sorte que as despesas e os encargos do Poder Executivo foram aumentados. Não sei como será administrado o desnível entre receita e despesa; o fato é que a União tem recorrido desenfreadamente à criação de tributos novos, explorando, especialmente, a cédula das contribuições parafiscais, um pouco indefinida no que concerne à conceituação de fatos geradores e bases de cálculo. De todo modo, apresenta, ainda, a conveniência tentadora de a receita gerada não estar sujeita à partilha com os Estados e Municípios.

A União tem explorado essa cédula das contribuições, e, com uma certa largueza, o que traz aos contribuintes dificuldades. Tenho dito, sempre, que não existe contribuinte federal, estadual ou municipal e nem que há contribuinte especializado em impostos e não em taxas e contribuições. Em última análise, nós somos os únicos contribuintes, e estamos sujeitos ao poder impositivo de todos os níveis de governo do país.

Na verdade, os Estados foram aquinhoados com uma ampliação da faixa de incidência de imposto que já era seu: o Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias, que, como sabem, passou a abranger os produtos que antigamente estavam sujeitos aos impostos únicos: combustíveis, lubrificantes líquidos e gasosos, minerais do país e energia elétrica.

* Conferência proferida no Centro de Estudos Jurídicos, da Procuradoria Geral do Estado, no dia 24 de setembro de 1990.

E, também, lhes foi atribuída, como um adinículo difícil de se entender num imposto sobre operações de circulação de mercadorias, competência para cobrar impostos sobre duas categorias de serviços que antes pertenciam à União.

Há em tramitação no Congresso Nacional projetos de emendas constitucionais que visam racionalizar a forma de atribuição da nova competência que se deu aos Estados, como se se tratasse de um imposto só, para que passem a ser tributos diferentes; o sobre operações de circulação de mercadorias e o sobre serviços de transporte não-local e de comunicação. Não vejo como possam entrosar-se numa estrutura única três impostos que, na verdade, nada têm em comum. O transporte de cargas, ainda se pode dizer que é parte integrante da circulação de mercadorias. Nesse sentido, entretanto, ele não precisaria ser objeto de rotulação nova, de atribuição de competência específica, porque já estaria sendo considerado, pela sua importante projeção econômico-financeira sobre as operações de circulação, como elemento integrante da base de cálculo das saídas de mercadorias.

Além desse imposto, os Estados tiveram o Sobre Transmissões e Doações ampliado no seu âmbito, para passarem a abranger bens de toda natureza. Tiveram um Adicional do Imposto de Renda federal, e ficaram com a competência para o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores. Este último é um imposto que não apresenta muita matéria para se discutir, a não ser algumas dúvidas, que foram suscitadas antes mesmo de 1988, a respeito do âmbito de sua incidência; em outras palavras, se ele abrange a propriedade de quaisquer veículos, inclusive aquáticos ou aéreos. Em face dos textos hoje em vigor, parece que sim. Em tese, estão abrangidos esses veículos no âmbito da competência estadual. Existem isenções, principalmente tendo-se em conta as aeronaves, usadas em transportes aéreos de carreira para serviços públicos, mas são isenções e não restrições originárias ao poder estatal de tributar.

O Imposto de Transmissões e Doações também não apresenta âmbito para discussão, a não ser sobre a velha questão de saber se pode ou não ser cobrado antes da transmissão, antes da doação, o que, em termos específicos, tem-se corporificado no caso da promessa de venda, que, os senhores sabem, tem sido considerado inconstitucional, pois a promessa de compra-e-venda não transmite a propriedade e, assim sendo, não é possível cobrar o imposto respectivo sobre a sua celebração.

A rigor, o problema podia ser um pouco mais complicado, porque o seu pagamento antes do registro do ato translativo no Registro de Imóveis poderia sofrer a mesma crítica que essa jurisprudência ensejou. Na verdade, estar-se-ia cobrando o imposto antes da transmissão, isto é, antes do fato gerador constitucional.

Os impostos que têm suscitado maior margem de controvérsias, são os ICMS, na sua nova formulação, e o Adicional sobre o Imposto de Renda Federal.

Na verdade, além das mudanças que mencionei, operadas na estrutura do antigo ICM agora ICMS (tributação de serviços de transpor-

tes não-local e de comunicações e tributação de operações de circulação de mercadorias que, antes eram sujeitas à incidência de imposto único) o que ocorreu na sua estrutura foi a possibilidade de ser cobrado a alíquotas seletivas. Antigamente, os senhores se lembram, só o IPI era imposto de alíquotas variáveis em função da natureza da mercadoria. Hoje o ICMS também pode sê-lo. Não sei se foi uma boa coisa, está ampliação; a seletividade do tributo tem muito a ver com os fundamentos econômicos-financeiros da tributação, e num país federativo como o Brasil, que tem três níveis autônomos de governo, não é muito fácil imaginar a União e os Estados cobrando impostos seletivos. A orientação, neste ponto, deve caber a um ente só. Não vejo como possam conviver sistemas tributários seletivos em dois níveis completamente autônomos de governo.

Esta multiplicação de atividades de entes públicos pode ser embaraçosa. Agora, temos um exemplo que me assusta muito: o Código de Defesa do Consumidor, que ainda não está em vigor, mas que já é lei publicada, atribui à União, aos Estados, aos Municípios competência para fiscalizar sua execução e implementar suas normas. Não sei como vai ser, na prática esse convívio. Tenho muito temor, porque nem todos os Estados e Municípios têm o mesmo nível de desenvolvimento, de modo que tenho um pouco de medo de que alguns Municípios menos desenvolvidos resolvam usar esse poder de maneira desordenada. Acho muito complicada esta subdivisão de poderes, e temo que, ao ser aplicada a seletividade no ICMS, haja problemas difíceis de conciliar em matéria de política econômico-financeira.

O ICM sempre foi um imposto problema. Quando se fez a reforma tributária em 1965 e 1966, os integrantes das comissões especiais que a projetaram refletiram muito sobre a sua instituição. Na verdade, o antigo Imposto sobre Vendas e Consignações, com as suas características de então, não podia continuar a prevalecer. Era um imposto em cascata, incidia quatro, cinco vezes sobre os mesmos valores já integrantes da sua base de cálculo em fases anteriores, e alguma coisa tinha que ser feita para mudar essa situação. Era um imposto altamente inflacionário, e que suscitava conflitos incríveis entre os Estados ditos produtores e os consumidores. Todos os senhores se lembram dos conflitos que os Decretos-Leis n.ºs 915/38 e 1061/39 tentaram solucionar, atribuindo competência a um e não a ambos os Estados, no caso de fabricação num e transferência do produto para o outro, sem venda. Os Estados do Norte e Nordeste sentiam-se muito prejudicados com esta posição, e os Estados do Sul, que tinham preponderância política, lutaram e conseguiram que prevalecesse a sua competência como Estados produtores, o que desfigurava o imposto, mas foi uma forma de resolver o problema. Os dois impostos é que não era possível cobrar.

Esta foi uma das razões que levaram o Presidente Castelo Branco a tomar a iniciativa de formar um grupo de trabalho para elaborar projeto de reforma constitucional em matéria tributária.

Os objetivos iniciais eram dois: a solução do problema dos impostos sobre vendas, e a transferência do imposto de exportação para a competência federal. Na verdade, era uma coisa estranhíssima que não

faria sentido num país federativo, que o imposto sobre exportações coubesse às províncias e os impostos sobre as importações, à União. Devem pertencer ao poder central, porque se trata de instrumentos importantes de política comercial e monetária internacional.

A Comissão da reforma constitucional tributária achou que era difícil fazer uma modificação apenas nestes dois aspectos, e optou — e com isso os Ministros da Fazenda e Planejamento que a haviam nomeado, concordaram — por um projeto um pouco mais ambicioso: a reformulação do Sistema Tributário Nacional.

Os impostos chamados “sobre o valor agregado”, de que o primeiro exemplo conhecido foi a TVA francesa, são impostos muito mais racionais do que os impostos sobre vendas ou a receita de vendas (como num todo). Na França, houve evolução deste para o imposto sobre o valor agregado em que a mesma base de incidência não era considerada duas ou mais vezes para os efeitos das tributações nas fases ulteriores do ciclo de produção e circulação. O sistema funciona hoje em todos os países da Comunidade Econômica Européia.

Sabia-se que no Brasil um imposto estadual com tais características de verdadeiro imposto nacional seria de difícil implantação.

Os impostos sobre o valor agregado são, pela sua abrangência, dos vários estágios da circulação, próprios de países unitários. Mas como era importante que o imposto fosse não-cumulativo, procuramos resolver o problema adotando uma solução financeira e não tributária. A sua não-cumulatividade foi assegurada mediante um sistema de créditos, deixando-se de lado a tributação apenas sobre os valores acrescidos em cada fase do ciclo econômico. A maior faixa de problemas que ele suscitou na prática, e ainda suscita, concerne aos créditos. Ele não funciona sem créditos integrais em cada fase do processo. Os Estados não aceitaram isso, e a sistemática do imposto sofreu um golpe profundo na sua estrutura lógica, a partir da Emenda n.º 23, de 01.12.1983, quando começaram a ser abertas exceções, que tornaram o imposto difícil de ser praticado como fora concebido.

O ICM na sua implantação de 1988 como ICMS, não é novo, embora tenha aspectos novos, assim entendidos aqueles decorrentes do alargamento do seu campo impositivo, para abranger a circulação de produtos anteriormente sujeitos ao imposto único, e a prestação de serviços de transporte não-local e de comunicações. O art. 34, § 8.º, das Disposições Transitórias estabeleceu, com toda lógica que, na ausência de Lei Complementar sobre a implantação do novo sistema, dentro de 180 dias, os Estados poderiam baixar, por via de Convênio, normas que tornassem possível a implantação do tributo. Nessa ordem de idéias, foi elaborado o Convênio 66/88 que, entretanto, na minha opinião, excede de muito o seu possível âmbito de atribuições. No meu modo de ver, os Estados poderiam expedir normas sobre os aspectos novos do ICMS, por confronto com o ICM; normas sobre a tributação da energia elétrica, modalidade de tributação curiosa, porque não sendo matéria e circulando de uma maneira diferente, necessita ter diferente o seu fato gerador, que não pode ser a saída. Imaginem a tributação da saída da energia elétrica pelas linhas de transmissão! A energia elé-

trica tem que ser tributada na sua entrada no estabelecimento do usuário. Tive ocasião de opinar sobre o problema, inclusive considerando o caso de consumidor que, por contrato, se obrigou a pagar consumo mínimo, ainda que não efetivo. O ICMS não pode incidir sobre a energia vendida; tem que incidir sobre a energia efetivamente consumida, já que ela não se pode dizer saída para um determinado contribuinte. Sobre isso, é claro que o convênio teria que dispor, por se tratar de matéria rigorosamente nova. O mesmo dir-se-ia do caso de minérios, e combustíveis e lubrificantes, que não estavam sujeitos ao ICMS. Tinha que dispor também sobre serviços de transporte e comunicação, que estavam sendo atribuídos à competência estadual naquela oportunidade e que, obviamente, não podiam ter sido, ainda, objeto de disciplina de Lei Complementar.

Convênio, normalmente, é um ato atípico, um ato peculiar de produção normativa, que, de acordo com a Constituição anterior e com a Lei Complementar n.º 24, de 07.01.1975, tinha seu âmbito de disposição circunscrito à autorização de outorga de isenções, reduções e outras formas de favorecimento tributário do contribuinte. Só sobre isso é que os convênios poderiam dispor; não podem fixar alíquotas, nem criar substituição tributária.

A substituição dita "para a frente" é inadmissível. É verdade que na Lei Complementar n.º 44, de 07.12.1983, ali se permite a substituição "para a frente". Não posso admitir que o cigarro que a empresa fabrica seja, quando sai do estabelecimento industrial, desde logo tributado sobre o seu preço de venda ao consumidor. Em primeiro lugar, o fato gerador do imposto é cada saída da mercadoria. A operação de saída da tabacaria para o consumidor final não aconteceu ainda, de sorte que não pode ser tributada quando o produto sai de fábrica. **Ipsa facto** a base de cálculo dessa saída ulterior não pode ser levada em conta em outra operação que a anteceda.

Problema que também tem sido muito discutido é o da definição dos produtos semi-elaborados. Na verdade, o que é produto semi-elaborado? Eu tenho para mim que produto semi-elaborado é um produto que sofreu industrialização rudimentar. A matéria não é inteiramente nova. Tínhamos, na Constituição anterior, uma regra ampla: produtos industrializados, em qualquer grau, não podiam ser tributados pelo ICM quando destinados ao exterior.

Hoje, os produtos industrializados continuam sem incidência do ICMS quando remetidos para o exterior, salvo os produtos industrializados que tenham a característica de ser semi-elaborados, quer dizer, os produtos rudimentarmente elaborados, que venham a ser definidos em lei complementar.

A regra constitucional vigente é daquelas que alguns constitucionalistas, como, por exemplo, JOSÉ AFONSO DA SILVA, chamam de regra de eficácia contida. A eficácia da regra da não incidência é imediata; fica, entretanto, por força de comando que nela própria se contém, sujeita a perder parte de sua eficácia, quando sobrevier lei complementar que defina produtos semi-elaborados, porque a estes deixará, então, de aplicar-se a imunidade. Ora, o sistema, que é o da imu-

nidade, poderia funcionar sem o advento da lei complementar, de sorte que a sua falta não justificaria o tratamento da matéria em Convênio.

Quanto à adoção de alíquotas seletivas, sem dúvida, teria de ser considerada no Convênio 66/88, por se tratar de possibilidade nova, não existente antes.

No que respeita aos impostos sobre transportes não-locais e comunicações, também era preciso que o Convênio 66/88, substitutivo da Lei Complementar, dispusesse a respeito, porque se trata de uma competência impositiva nova. O imposto sobre transportes não-locais era de competência federal.

Sob a Constituição de 1988, o transporte é tributado só pelos Estados e pelos Municípios, por estes, transporte estritamente local. Já o serviço de comunicação, que no tempo da competência federal também era federal, somente quando não de caráter estritamente local, hoje é sempre de competência estadual, porque a cláusula "não estritamente local" só qualifica os serviços de transporte.

Um aspecto possivelmente controvertido na tributação do serviço de transporte é a sua possibilidade quando realizado no exterior.

O fato de o serviço se iniciar no exterior não exclui a competência estadual, se se tratar, por exemplo, de mercadoria carregada num navio em New York para o porto do Rio, mas cujo destinatário seja alguém residente em Resende, por exemplo. Daí, o transporte só se conclui quando houver a entrega da mercadoria em Resende, que é outro Município, configurando-se, pois, a intermunicipalidade do serviço.

Um outro imposto que também é inovação na competência dos Estados é o Adicional do Imposto de Renda (ADIR). Esse imposto está suscitando muita controvérsia, a tal ponto que eu, que inicialmente achava que a sua cobrança não dependia de Lei Complementar, porque a Constituição não diz isso, taxativamente, como diz, por exemplo, no caso do Imposto Sobre Grandes Fortunas e no caso dos impostos residuais, hoje tenho dúvidas a respeito, porque os conflitos que a sua incidência tem suscitado são muitos.

A lei do Estado do Rio de Janeiro, como as leis dos outros Estados, tanto quanto eu saiba, define o fato gerador de modo que me parece correto, como o pagamento de Imposto de Renda federal sobre ganhos ou lucros de capital.

O Estado de São Paulo define o fato gerador como o próprio fato gerador do imposto sobre a renda federal incidente sobre ganhos de capital e lucros.

Fica difícil considerar que as duas leis cuidam do mesmo imposto. Na verdade, a lei do Estado de São Paulo se coaduna mais com a idéia de adicional, porque, geralmente, fato gerador desse tipo de tributo é o mesmo fato gerador do imposto principal, muito embora se use chamar, de vez em quando, de imposto adicional o mero complemento do imposto que já existe. O imposto federal de renda sobre um ganho de capital auferido em 1983, por exemplo, mas que o contribuinte não paga, discute, impugna, e, afinal de contas, derrotado em última instância judicial tem mesmo que pagar, e o paga em 1989, dá origem

a débito do ADIR? Os juízes, de modo geral, estão entendendo que sim. Eu tenho dúvidas; a rigor, o fato gerador do imposto é o pagamento, é verdade, mas eu acho estranho que assim seja, considerando-se que ao tempo, 1983 no exemplo que dei, não havia esse imposto estadual.

Outra dúvida é sobre se o fato gerador é o pagamento efetuado, ou a mera exigibilidade desse pagamento. Daí, os Estados têm muito a perder se sustentarem que é o pagamento efetivo. Imagine-se que um contribuinte do imposto de renda federal, por qualquer razão, falta de dinheiro, ou esquecimento, não paga o imposto sobre a renda incidente sobre ganho de capital ou lucro. A Constituição fala em **pago**. A literalidade é uma faca de dois cortes; na verdade, ela favorece os Estados em alguns casos, mas também pode prejudicá-los. Se o contribuinte não pagou o imposto que devia à União, o fato gerador do tributo estadual, pelo critério da literalidade, não aconteceu. Um subsídio que eventualmente se poderia dar à tese de ser o fato gerador a exigibilidade, estaria na inteligência que se deu ao dispositivo da Constituição em matéria de ICM. Dizia-se "...sendo abatido o imposto pago nas operações anteriores"; sempre se entendeu que a palavra, "pago" deveria, aí, ser entendida como **devido, exigível**. O fato de o contribuinte ter indicado na nota, na fatura, o montante do imposto, não quer dizer que ele o tenha pago. Ele o paga quando lança o seu valor no Livro de Registro do ICM, como no caso do IPI.

Problemas têm surgido sobre a definição do domicílio. Problema sério, principalmente em caso de mudança, como nos casos de uma pessoa jurídica que é incorporada por outra, uma que resulta de cisão, de fusão, em que pode haver mudança de residência ou de domicílio. E vai ser difícil definir-se a competência do Estado em função do lugar onde o imposto sobre a renda federal é pago.

Algumas coisas precisam ser reguladas, e essas coisas seriam reguladas de modo adequado em Lei Complementar. Eu não estou dizendo que me converti a essa idéia, ou a essa teoria, mas, há bons fundamentos no sentido de se considerar necessária a introdução de Lei Complementar, embora seja no sentido contrário a jurisprudência preponderante até agora conhecida.

(Desta parte só foram revistas pelo expositor as suas respostas)

DR. ROBERTO PARAÍSO ROCHA:

— Gostaria de ouvir sua opinião sobre o Convênio ICMS 66/88. Na sua opinião a competência dos Estados, para regular a matéria por convênio, esgotou-se com esse Convênio 66, ou ele poderá, ainda, ser modificado através de outros convênios entre os Estados?

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— Minha interpretação, como já deixei sentir, é restrita no que concerne à norma do § 8.º, do art. 34, das Disposições Transitórias. Acho que seria um convênio só, senão os Estados ficariam legislando, expedindo leis por via convencional. Estariam substituindo a legislação complementar.

Dir-se-á, "mas enquanto ela não vier..." Não é bem assim, esse convênio foi excepcionalidade, para permitir que os Estados criassem normas que tornassem viável a aplicação do novo sistema. Eu acho que a faculdade se esgotou, com a expedição de um único convênio.

DR. MAURÍCIO SANTIAGO CÂMARA:

Pergunta fora do microfone, não gravada.

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— A rigor, a Constituição, tanto a atual como a anterior, assegura a imunidade no que concerne a impostos sobre o patrimônio, rendas e serviços dos entes públicos.

O IOF é, no seu nascedouro, segundo a sua matriz, constitucional, um imposto que só pode incidir sobre operações de crédito, de câmbio, seguro ou sobre operações relativas a valores mobiliários.

No Plano Collor houve várias incursões, pelo IOF, de constitucionalidade discutível. Por exemplo: sobre cadernetas de poupança, que não são valores mobiliários, mas, sim, depósitos feitos para renderem uma remuneração de acordo com as regras preestabelecidas. Então, sobre saques feitos contra os seus saldos não podia incidir IOF.

O IOF foi cobrado, também, quase como um imposto sobre o patrimônio, no caso da alternativa pelo recolhimento a alíquotas menores, **antes** de qualquer operação. Dir-se-á, "mas foi uma opção, não era obrigatório". Sim, mas não se pode dar, como alternativa de pagamento de um imposto constitucional, pagamento de outro que não o é.

A **latere** dessas considerações, eu acho que os Municípios têm grandes possibilidades de vencer em Juízo, porque o STF tem, de algum tempo para cá, liberalizado a exegese dos textos constitucionais sobre imunidades.

Já, mais de uma vez, o STF admitiu a aplicação de regras imunitárias sobre o Imposto de Serviços. Existe pelo menos um caso em que o STF admitiu a imunidade de empresa jornalística, ao Imposto de Serviços sobre Propaganda, com o argumento de que o jornal não subsiste sem propaganda, e, como não pode ser sujeito aos outros impostos que são claramente previstos na Constituição, a sua imunidade deve, além de abranger o Imposto de Importação e o ICM, incluir os serviços. (Pergunta Inaudível)

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— Há uma diferença muito grande entre as duas situações.

Uma autarquia que existe para vender, para regular, para intervir na atividade econômica, tem a compra e venda como seu objetivo. Um Município que aplica dinheiro em **over night**, para preservar seu patrimônio, não está, com isso, realizando nenhuma operação, em sentido de exercício de atividade empresarial.

No regime anterior, ainda seria discutível isso, mas, no atual, a Constituição exclui expressamente da imunidade as atividades que não sejam estritamente vinculadas às finalidades do beneficiado. Dir-se-á: "mas uma autarquia econômica tem como finalidade "vender". A aplicação em **over night** não é um serviço da autarquia econômica, muito embora sua atividade possa incluir, necessariamente, a prática de operações de comércio.

DR. SYLVIO MELLO:

— Tenho uma pergunta a formular e duas observações em relação à sua exposição.

Com relação ao ICMS, não vim aqui para contestar, apenas para dar notícia da existência de cinco acórdãos, um do Tribunal de Justiça de São Paulo, dois do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, e dois do Tribunal Regional da 2.^a Região. Todos no sentido da constitucionalidade do Convênio do ICMS 66/88, sendo que o de São Paulo é especificamente sobre o semi-elaborado. Não estou contestando o que o senhor está falando, apenas trazendo uma informação.

Outro ponto que me chamou muito a atenção, pois é assunto que está sendo presentemente discutido na Procuradoria Tributária, é sua afirmação de que o ICM, hoje ICMS não é um imposto de sobre o valor agregado. São coisas distintas, o imposto sobre o valor agregado e a observância do princípio da não-cumulatividade. O que o texto constitucional assegura é que o imposto é não-cumulativo, abatendo-se do imposto, na última operação, aquilo que foi pago na anterior.

A indagação que eu gostaria de fazer é com relação a um dispositivo, fruto de trabalho da Procuradoria Geral do Estado.

É o art. 155, § 2.^o, inciso IX, letra "b", segundo o qual o ICMS incide sobre o valor total da operação quando as mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência dos municípios.

Há quem sustente que os Estados só podem tributar dois serviços pelo ICMS. É o serviço de transporte e o serviço de comunicação. Nós entendemos que não é isto que está no texto. O que motivou esse dispositivo foi a discussão em torno do fornecimento de alimentação e bebida em bares e restaurantes. Ele veio em razão disto; claro que o texto aprovado tem vida autônoma, e não importa qual foi a preocupação do legislador.

Gostaria de uma opinião do senhor que é uma autoridade em matéria tributária.

O texto diz que "O ICMS incide sobre o valor total da operação quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios". Essa emenda foi proposta pelo Deputado José Serra e o Prof. Alcides Jorge Costa assessorava o deputado na ocasião. O Professor entendia que essa emenda era inócua porque amanhã, se viesse uma Lei Complementar, os Estados não poderiam tributar aqueles serviços.

Falamos, então, que nunca tivemos a pretensão de tributar o que estivesse expresso na LC. O que o Estado quer e acha que tem o direito de tributar era quando a LC fosse omissa. Quando o serviço não estivesse previsto na LC.

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— Na verdade, a legislação complementar vinha, ao longo dos anos, procurando encontrar uma solução para o problema das ditas operações mistas, e na Lei Complementar n.^o 56/87 prevaleceu a regra de quando o serviço não estiver expressamente referido na lista, haver prevalência do ICM. Acho que aqui está sendo estabelecida uma regra constitucional que dá preponderância ao imposto sobre circulação de mercadorias, desde que o serviço não esteja atribuído à competência municipal.

DR. LUÍS ROBERTO BARROSO:

— O senhor afirmou logo no início, que a nova partilha tributária deferiu aos Estados e Municípios uma receita muito maior, sem a correspondente transferência de encargos. Eu queria entender melhor essa posição porque ela é repetidamente dita. Quando o senhor fala isso, a que tipo de encargos o senhor se refere?

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— Não é o caso, mas, vamos imaginar que a União fosse superdotada de recursos financeiros. Sempre se achou que a União é muito desperdiçada. Não é só a União. Todos os entes públicos no Brasil o são.

O que eu quis dizer foi o seguinte: Falava-se na necessidade de descentralizar receita fiscal. Perfeito, desde que aqueles que fossem receber o acréscimo de receita ficassem com alguns encargos que eram daquele que vai ter a sua receita reduzida, porque o orçamento tem dois lados: receita e despesa. A Constituição não teve a preocupação de transferir para os Estados e para os Municípios encargos que eram da União. Dir-se-á que a União já tinha mais renda do que era necessário. Não acho que isso esteja provado, não há nenhuma evidência, sequer empírica, desse fato. A União gasta muito, a União gasta, inclusive, ajudando os Estados e Municípios.

O fato é que a União tinha orçamentos deficitários. Continua a tê-los, e não há nenhuma indicação de que ela poderia perder receita sem ter uma correspondente redução de despesas, máxime, considerando-se que a própria Constituição aumentou os encargos da União. Criou cinco tribunais federais novos, com a necessidade de enfrentar despesas com pessoal, instalações, materiais, etc... Aumentou representações no Parlamento, e mandou que o Poder Executivo federal fizesse uma porção de coisas novas, principalmente na área social.

DR. LUÍS ROBERTO BARROSO:

— Eu estou de acordo com a tese. É que a impressão que eu tenho, no caso do direito à saúde, o sujeito passivo devia ser Deus mesmo, ou então as forças da biologia!

Mas, é porque vem aí uma revisão constitucional breve, como inclusive já se ameaça como emenda constitucional que redefiniria essas competências tributárias, eu tento entender que específicos encargos, as pessoas que acham que o Estado e os Municípios ficaram beneficiados, se referem; porque eu vejo na Constituição, por exemplo, o senhor falou em educação e saúde, que provavelmente são os dois ônus do Estado moderno e eu vejo que eles estão atribuídos a uma competência comum, da União, Estados e Municípios.

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— Sempre foram, já eram.

DR. LUÍS ROBERTO BARROSO:

— Portanto, não é uma questão constitucional, é uma questão de partição política de atribuições. Não é preciso mexer na Constituição para que os Estados e os Municípios passem a assumir novos papéis, porque a Constituição já dá a eles esses encargos, apenas, como eles não tinham um vintém para gastar, se acostumaram a ver a União fazer isso.

Sem mexer na Constituição (pois creio que a partilha está bem) precisamos que os Estados e os Municípios assumam um novo papel político e não propriamente constitucional.

DR. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

— Quanto a isso, não tenho dúvida. Já é tempo de se mudar. O país não pode continuar assim.