

## Podem ser revogadas isenções de ICMS por convênios autorizativos?



Doutrinariamente os convênios de ICMS podem ser impositivos ou

autorizativos, que, como os nomes indicam, obrigam os estados ou facultam a eles adotar determinada tributação ou conduta.

O Convênio 42/16 é inegavelmente autorizativo, pois expressamente autoriza que os estados reduzam o percentual dos incentivos fiscais concedidos em no mínimo 10%, podendo esse valor ser utilizado de duas formas: (a) liberação pura e simples desses valores para uso pelo estado, ou (b) através da criação de um fundo com destinação específica. Ou seja, por esta norma, cada estado individualmente decidirá se aumenta a carga tributária, através da redução os incentivos fiscais vigentes, e ainda estabelecer em qual percentual isso ocorrerá, desde que seja um aumento superior a 10%

Pode um convênio autorizativo permitir que os estados isoladamente aumentem a carga tributária do ICMS? Isso ocorreu recentemente no estado de São Paulo, o que vai impactar o custo de muitos produtos, dentre eles diversos medicamentos, verdadeiro *nonsense* em plena pandemia. Já escrevi sobre algumas inconstitucionalidades dessa majoração ocasionada pela Lei paulista 17.293/20 e os Decretos 65.252, 65.253, 65.254 e 65.255, todos amparados no Convênio 42/16 ([aqui](#) e [aqui](#)).

Neste texto, ao tratar diretamente do Convênio ICMS 42/16, a análise deixa de ser apenas sobre um estado, mas sobre todos os estados que criaram leis com base nesse convênio autorizativo. O foco é o convênio e não as normas estaduais.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela inconstitucionalidade dessa conduta, ainda no âmbito do ICM, em casos de relatoria do ministro Moreira Alves, nos quais apreciou a revogação de uma isenção realizada através de um decreto paulista, como se pode ler da ementa do *leading case* (RE 96545):

ICM. Isenção concedida por convênio. Revogação pelo Decreto estadual 14.737/80.

A Lei Complementar 24/75 não admite a distinção entre convênios autorizativos e convênios impositivos. Assim, a revogação de isenção decorrente de convênio não pode fazer-se por meio de decreto estadual, mas tem de observar o disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da referida lei complementar.

A decisão foi unânime. O ministro Soares Muñoz mencionou durante este julgamento ter relatado anteriormente o RE 97.243, pelo qual o referido Decreto paulista foi declarado ilegal pelo STF. Outra decisão posterior pela inconstitucionalidade adveio no RE 98.952, também relatado pelo ministro Moreira Alves.

De fato, trata-se de decisões antigas, anteriores à Constituição Federal de 1988, porém com fundamentos plenamente pertinentes com o caso atual, em razão de que (1) os comandos normativos anteriores foram mantidos pela Constituição de 1988; (2) a Lei Complementar 24/75 encontra-se vigente, recepcionada que foi pelo artigo 34, parágrafo 8º, do ADCT. Vê-se também que (3) a Lei Complementar 24/75 rege a forma como, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão revogados (artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g”, da Constituição). Logo, a despeito de vetustos, os casos são adequados para cotejo com a situação presente.

Consta do voto do ministro Moreira Alves que: “não há dúvida de que a concessão de qualquer desses benefícios, inclusive a isenção, terá de ser feita diretamente por convênio resultante da decisão unânime dos Estados representados, e sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro- quintos, pelo menos, dos representantes presentes.” De fato, o artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei Complementar 24/75, exige unanimidade para a aprovação dos convênios que concedem redução de ICMS, mas exige um quórum de quatro quintos dos estados representados para a revogação total ou parcial desses incentivos.

Não passou despercebido do olhar atento do ministro que o artigo 10 da Lei Complementar 24/75 previa a possibilidade de os convênios “definirem condições gerais” para a concessão unilateral de anistia, remissão, transação etc., mas não consta nem uma única palavra sobre condições gerais para revogação das isenções concedidas.

Este tipo de exigência normativa tem pertinência federativa, pois a existência de convênios autorizativos para revogação de incentivos fiscais permitiria que um ou outro estado isoladamente os revogasse, de forma total ou parcial, gerando uma espécie de guerra fiscal às avessas, acarretando o deslocamento dos investimentos privados para aqueles Estados que não adotaram a majoração autorizada. Isso, uma vez implantado, pode gerar um enorme problema de direito concorrencial, fruto do aumento diferenciado de



---

carga tributária estadual sobre as empresas que atuam na mesma atividade. A questão da infringência à cláusula pétrea federativa (artigo 60, parágrafo 4º, I, da Constituição) deve também ser considerada.

Logo, convênios autorizativos não são veículos normativos adequados para a revogação das isenções, pois não obrigam todos os estados, sendo necessário que seja cumprido o artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g”, da Constituição, que remete ao *quorum* qualificado para revogação das isenções concedidas por convênios, o que é exigido pelo artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei Complementar 24/75.

Por essas razões, o Convênio 42/16 é inconstitucional, pois autorizativo, e não impositivo, conforme precedentes específicos do STF, relatados pelo ministro Moreira Alves, plenamente pertinentes ao ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, é irrelevante que o Convênio 42/16 tenha sido aprovado por unanimidade, pois é autorizativo – nesse aspecto é que se revela a inconstitucionalidade ora apontada.

Com isso, entendo serem inconstitucionais diversas normas estaduais, relacionadas de forma meramente exemplificativa: do estado de Alagoas, a Lei 7.835/2016; do estado do Ceará, a Lei 16.097/2016; do estado do Rio de Janeiro, a Lei 7.428/2016; do estado do Pará, a Lei 8.931/2019; além das mencionadas do estado de São Paulo (Lei 17.293/20 e Decretos 65.252, 65.253, 65.254 e 65.255, todos de 2020).

Nesse sentido, para expurgar o Convênio 42/16 do ordenamento jurídico, cujos efeitos nefastos se espraiam federativamente por todo o território nacional, é necessário ser proposta uma ADI, dirigida diretamente contra esse convênio Confaz, por um dos entes legitimados para tanto, conforme o artigo 103 da Constituição. O debate fracionado, através de ADIs perante os Tribunais de Justiça dos estados, não resolverá o problema no âmbito macrojurídico nacional. Da mesma forma, será inócuo discutir no STF isoladamente cada legislação estadual.

Seguramente esse tormentoso assunto da majoração indiscriminada do ICMS em São Paulo e em outros estados ainda não se esgotou; voltarei a ele em outras ocasiões.