

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 185 • Janeiro 2016



XXV TROFÉU DOM QUIXOTE: CAVALEIROS DA JUSTIÇA

Editorial: *IMPEACHMENT INEXEQUÍVEL*

O Federalismo, os tratados internacionais e a influência da União nos tributos estaduais e municipais

Carlos Ogawa Colantonio | Professor da Universidade Braz Cubas

1. O Federalismo brasileiro e os tratados internacionais

A Constituição brasileira adotou o modelo federativo de estado. A organização política ocorre dentro da ideia de descentralização do poder. União, estados, municípios e o Distrito Federal são entes federativos, cada um com autonomia administrativa, financeira e, principalmente, política.¹

Em um país de dimensões continentais, como é o Brasil, a existência de diversas esferas políticas otimiza e facilita (pelo menos em tese) a atividade de governar e executar as políticas públicas. Há, para atingir os objetivos expostos, clara repartição e distribuição de competências entre as pessoas jurídicas de direito público interno, com o intuito de assegurar que todas as atividades necessárias para a gestão do interesse público sejam realizadas por aquele que teoricamente é o ente mais apto e, ao mesmo tempo, evitando que diversas esferas de governo repitam desnecessariamente os mesmos atos, evitando conflitos e o desperdício de tempo e de recursos. A repartição e distribuição de competência existe porque no modelo federal não há uma relação de hierarquia entre os entes políticos autônomos, mas sim uma “divisão do trabalho”.

A União, em regra, detém atribuição sobre questões de interesse nacional e suprarregional, enquanto aos estados cabem os interesses regionais e, aos municípios,

“Uma convenção internacional, dessa maneira, só poderia afetar os tributos não federais quando os entes titulares de tais tributos também fossem signatários do pacto. Como tal participação é impossível, devido à falta de personalidade jurídica internacional dos entes regionais, distritais e locais, entende esta primeira linha de pensamento não ser possível que um tratado internacional exclua pela isenção os créditos tributários estaduais e municipais.”



os interesses locais. Não é de se impressionar, portanto, que nossa Constituição tenha atribuído à União a missão de representar juridicamente o Brasil em suas relações internacionais.

Para o meio internacional, pouco importa a divisão interna de um Estado Nacional. As relações entre os entes soberanos se dão por meio das autoridades que cada Constituição nacional escolheu para representar seu país. No nosso caso, representam² o Brasil como sujeito de direito público internacional autoridades que pertencem ao Governo Federal, especialmente o Presidente da República, nosso Chefe de Estado, e o Congresso Nacional, a casa dos representantes do povo e das unidades federativas.

Conforme o art. 49, I, e o art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988, é o Presidente da República que, inicialmente, celebra os tratados, geralmente participando diretamente (ou indiretamente, por meio de delegados) da fase das negociações preliminares, autenticação e assinatura do pacto internacional, cabendo ao Congresso Nacional a aprovação (referendo) do texto já aceito pelo Chefe de Estado como requisito para que a convenção passe pelo processo de formação e possa produzir efeitos dentro do nosso sistema jurídico pátrio.³

Assim, os tratados internacionais somente serão assinados, aprovados e ratificados pelas autoridades

constitucionalmente competentes, que em última instância são autoridades federais. Outrossim, a própria Constituição brasileira elenca, no artigo 21, em seu inciso I, que é matéria de competência exclusiva da União manter relações com estados estrangeiros e participar de organizações internacionais

Estados e municípios,⁴ por sua vez, não são sujeitos de direito público internacional, pelo menos na ótica da nossa Constituição. Em alguns países, como na Alemanha e na Suíça, as unidades federativas podem celebrar tratados internacionais. Essa não é nossa realidade atual, apesar de que, no passado, na constância da Constituição de 1891, era possível aos Estados entabularem pactos internacionais, conforme nos informa Paulo Henrique Portela (2011, p. 102)

É possível que um estado ou município brasileiro até mesmo pratique negócios jurídicos ou atos de gestão privados com entidades estrangeiras, como, por exemplo, com um banco internacional ou com uma nação estrangeira. Nunca poderão, contudo, participar de um tratado internacional como parte.

O “monopólio” das autoridades federais para a adesão brasileira aos tratados internacionais traz consigo alguns problemas quando confrontamos tal exclusividade com a ideia da autonomia dos entes federativos não federais. Quais as consequências de o Presidente assinar

e o Congresso aprovar uma convenção internacional que verse sobre matéria de atribuição dos estados ou dos municípios? Haveria intrusão da União em competência que não é constitucionalmente sua? Esta intrusão tornaria o tratado inválido do ponto de vista do direito interno ou pelo menos tornaria sem efeitos os acordos internacionais? Na seara tributária, parte dessas questões já é assunto antigo para a doutrina e para os Tribunais.

2. A isenção de tributos estaduais e municipais por tratados internacionais

O problema: a União, por meio de suas autoridades, incorpora em nosso sistema jurídico um tratado internacional comercial que, entre suas cláusulas, prevê isenções tributárias para a circulação de mercadoria ou prestação de serviços entre os signatários. Ocorre que no sistema tributário pátrio, parte dos tributos relacionados à mercancia são de competência dos estados (ICMS) e dos municípios (ISS). Poderia o Governo Federal, por ato conjunto do seu Poder Executivo com seu Poder Legislativo, decidir pela dispensa de impostos que não são de sua alçada?

Deparamo-nos com o que parece ser um grave problema. A Constituição Federal regula, no seu artigo 151, inciso III, que é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios.

Tal artigo constitucional invoca a regra da proibição da isenção heterônoma ou heterotópica. Defende-se que a União não pode isentar o contribuinte de tributo que a Constituição não lhe concedeu competência, ou seja, copiando a sabedoria popular, poderíamos dizer que “não se pode fazer bonito com chapéu alheio”.

Trata-se de uma questão de competência tributária. O poder de criar, modificar, extinguir ou isentar os impostos de ICMS e de ISS é exclusivo, respectivamente, dos estados e dos municípios. Permitir que a União por ato de celebração de tratado internacional, legislativo ou não, regule sobre a exclusão dos créditos tributários de terceiro é violação direta do artigo 151, III, da Constituição Federal de 1988, tornando o ato federal inconstitucional.

Uma convenção internacional, dessa maneira, só poderia afetar os tributos não federais quando os entes titulares de tais tributos também fossem signatários do pacto. Como tal participação é impossível, devido à falta de personalidade jurídica internacional dos entes regionais, distritais e locais, entende esta primeira linha de pensamento não ser possível que um tratado internacional exclua pela isenção os créditos tributários estaduais e municipais. Essa posição é defendida, por exemplo, no bojo do julgamento do Recurso Especial 90.871/PE, de relatoria do Ministro José Delgado.⁵

Há, todavia, forte e competente oposição a esse espectro ideal exposto. Alguns doutrinadores, especialmente os professores de Direito Internacional, defendem que não devemos focar sob a ótica da divisão política provocada pelo modelo federativo, pois quando nossa Constituição tratou dos aspectos jurídicos internacionais, adotou solução diferente do que para as questões internas. A ideia de repartição de competências (inclusive competência tributária) é uma fórmula que deve ser levada em conta apenas nas circunstâncias interiores. Diante dos “olhos” do sistema jurídico internacional não há qualquer divisão do poder, mas sim uma concentração de todo poder político em apenas um ser dotado de soberania. Descrevendo com outras palavras, o que há é o Brasil. Os Estados soberanos, como China, Estados Unidos da América, França, Argentina, entre outros, não assinam tratados com o Governo Federal, mas sim com o Governo brasileiro. O Presidente da República e o Congresso não atuam em nome da União ou de apenas um ente federativo. Atuam em nome da unidade conhecida como Brasil. As autoridades que participam do processo de assinatura, aprovação, ratificação e incorporação de um tratado não perseguem o interesse federal, mas buscam o interesse geral e nacional.

Um tratado poderia resolver sobre a isenção do ICMS ou do ISS, pois quando observamos por uma ótica mais ampla, a partir de uma perspectiva internacional, evidencia-se que o pacto entre países alcança a pessoa jurídica chamada Brasil, sendo certo que os estados e municípios são apenas partes deste corpo e, por isso, devemos entender que o que obriga o todo (a pessoa jurídica de direito internacional) também obriga as partes (as pessoas jurídicas de direito interno).

Quando Presidente e Congresso agem como autoridades brasileiras, incorporando tratados internacionais, vinculam todos os entes que também são brasileiros, independentemente do seu grau federativo. Essa linha, majoritária, é defendida, por exemplo, por Valério Mazzuoli (2014, p. 429), que acrescenta:

Quando o Presidente da República celebra um tratado internacional (à luz do art. 84, inc. VIII, da Constituição) o faz não como chefe de Governo (figura de Direito Interno) mas como chefe de Estado (figura de Direito Internacional), com competência para disciplinar quaisquer dos seus interesses, sejam eles do conjunto federativo (interesse da União) ou de cada um dos componentes da Federação (interesse dos estados e dos municípios).

O pensamento vai ao encontro das necessidades da sociedade internacional. Afinal, quando um país membro da União Europeia, do Mercosul ou qualquer outro parceiro comercial pactua com o Presidente ou com o plenipotenciário brasileiro um tratado de redução

tributária, objetivando quebrar barreiras aduaneiras, ele espera que todos em nosso território respeitem o acordo, independentemente das idiosincrasias internas decorrentes da descentralização política fruto do nosso modelo de organização de Estado. Não por outro motivo, esta corrente goza da adesão majoritária de nossa doutrina e da nossa jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme podemos observar na ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 543943/PR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 30/11/2010:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – GASODUTO BRASIL-BOLÍVIA – ISENÇÃO DE TRIBUTO MUNICIPAL (ISS) CONCEDIDA PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL MEDIANTE ACORDO BILATERAL CELEBRADO COM A REPÚBLICA DA BOLÍVIA – A QUESTÃO DA ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS E/OU MUNICIPAIS OUTORGADA PELO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO EM SEDE DE CONVENÇÃO OU TRATADO INTERNACIONAL – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL – DISTINÇÃO NECESSÁRIA QUE SE IMPÕE, PARA ESSE EFEITO, ENTRE O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO (EXPRESSÃO INSTITUCIONAL DA COMUNIDADE JURÍDICA TOTAL), QUE DETÉM “O MONOPÓLIO DA PERSONALIDADE INTERNACIONAL”; E A UNIÃO, PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO (QUE SE QUALIFICA, NESSA CONDIÇÃO, COMO SIMPLES COMUNIDADE PARCIAL DE CARÁTER CENTRAL) – NÃO INCIDÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DA VEDAÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 151, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CUJA APLICABILIDADE RESTRINGE-SE, TÃO SOMENTE, À UNIÃO, NA CONDIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

3. A autonomia financeira e as receitas tributárias dos estados e municípios

Apresentadas as duas posições, podemos avançar sobre mais uma questão. Apesar da rigidez dos argumentos apresentados pela segunda corrente, arriscamos apontar que, apesar de satisfazer as balizas do ramo internacional do direito, restam algumas arestas na adoção da possibilidade de isenção de tributos não federais por ato individual do governo geral.

O ponto central recai sobre a característica federativa da autonomia financeira. Se a Constituição normatiza que estados e municípios são autônomos nas esferas política e administrativa, a autonomia financeira é obrigatória. Não há autonomia sem existir dinheiro suficiente para tornar o ente autossuficiente em relação aos outros corpos políticos que formam a federação. Em outras palavras, um município, por exemplo, não será autônomo se tiver

de “implorar” por recursos federais e estaduais para implementar suas políticas públicas.

Permitir que as autoridades de cúpula do Governo Federal possam dispor sobre os créditos tributários dos outros entes é permitir, conforme o enfoque dado, que as autoridades federais possam dispor sobre as principais fontes de receita dos estados e municípios.

Até que ponto tal capacidade não permitiria à União interferir, direta ou indiretamente nos cofres públicos e nas atividades dos entes regionais e locais, provocando verdadeira intervenção federal inconstitucional, por se afastar totalmente da ideia de extraordinariedade abrigada no artigo 34 da Constituição?

Questionamos: seria arriscado permitir que o Presidente e o Congresso possam dispor de recursos de entes que não governam? Haveria alguma inconstitucionalidade caso grande parte dos créditos tributários decorrentes da circulação de mercadoria de todos os estados sejam excluídos por ato das autoridades de cúpula do Governo Federal, minguando ou mesmo abolindo a principal fonte de renda das unidades federativas?

Na praxe hodierna encontramos dois caminhos: ou não é possível a isenção porque é vedada a isenção heterônoma (posição minoritária), ou é possível a isenção porque estamos diante de um quadro em que autoridades brasileiras (e não federais) isentam impostos brasileiros (posição majoritária). Mas se é possível a isenção, não estaríamos permitindo a intromissão indevida da União nas finanças, no orçamento e na competência material dos estados, municípios e Distrito Federal? O Governo federal possui “carta em branco” para resolver sobre receitas de terceiros?

Arriscamos uma proposta. Acreditamos que uma possível solução seja a conciliação. Seria interessante permitir que os principais interessados – municípios e estados – despidos da possibilidade de participarem do tratado que determine a isenção dos seus impostos, possam, pelo menos, participar efetivamente, na esfera do Direito Interno, das decisões políticas que levem à assinatura e aprovação de um pacto internacional que incida diretamente sobre as matérias que sejam constitucionalmente de sua competência.

Idealmente, os atos decisórios acerca dos tratados que tratam dos tributos não federais poderiam ser complexos, contando com a participação, ao menos em audiências públicas ou em reuniões colegiadas, dos representantes dos estados e dos municípios.

Em relação aos estados, é bem verdade que já temos um órgão representativo das unidades federativas participando do processo de formação e incorporação dos pactos internacionais, qual seja o Senado Federal, que integra a fase da aprovação legislativa dos tratados.

“A autonomia financeira dos entes regionais e locais é princípio basilar da nossa organização, que deve ser conservada prioritariamente a fim de evitar uma ‘Federação de fachada’.”


Todavia, seria importante também permitir a participação opinativa, no contexto da aprovação dos tratados, dos membros estaduais do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), especialmente diante da aceitação de convenções internacionais que disponham sobre os impostos estaduais sobre circulação de mercadorias, uma vez que a Lei Complementar nº 24/1975 dita que as isenções sobre o ICMS, internamente, somente serão possíveis a partir dos convênios interestaduais elaborados no âmbito do Confaz. Ora, se a legislação afirma que a isenção de ICMS deve ocorrer pela junção das vontades dos representantes dos estados do conselho em destaque, nada demais admitir que estes mesmos membros possam também ser ouvidos diante da possibilidade de isenção do ICMS por fonte normativa internacional.

Aos municípios deve ser franqueada igual oportunidade. Apesar do grande número de entes federativos dessa esfera (mais de 5.000), seria pertinente que representantes municipais, organizados em órgão ou conselho a ser criado especialmente para este fim, fossem consultados previamente à assinatura, aprovação ou incorporação de tratados internacionais que trouxessem como encargo a dispensa de receita municipal a partir da exclusão de créditos tributários próprios dos entes federativos em destaque.

O que se procura é a cooperação federativa. A simetria de poderes deve conviver com a autonomia dos sujeitos de direitos da Federação. É imprescindível possibilitar que cada pessoa jurídica pública verdadeiramente atue nas decisões políticas que influenciam suas finanças, receitas e recursos, sob pena da descentralização política, ínsita ao federalismo, não passar de teoria espúria.

4. Considerações finais

Como conclusão deste breve artigo, agasalhamos o fortalecimento de um federalismo cooperativo, simétrico

e, especialmente, dialógico. A autonomia financeira dos entes regionais e locais é princípio basilar da nossa organização, que deve ser conservada prioritariamente a fim de evitar uma “Federação de fachada”. Logo, é necessário encontrar fórmula de convergência (e não de divergência) para os interesses das diversas esferas de governo. Para que haja cooperação eficaz no seio do nosso federalismo, fomentando a simetria tão desejável em um modelo descentralizado, União, estados, Distrito Federal e municípios precisam “dialogar” efusivamente em todas as situações envolvendo atos federais, no meio internacional, que acarretarão ônus, compromissos e responsabilidades para os demais sujeitos de direito público. A tutela do interesse público é a tutela do interesse de todos. 

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Edvaldo Nilo de. *Direito tributário*. Tomo I. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BRANCO, Paulo; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: RT, 2014.
- PORTELA, Paulo Henrique G. *Direito internacional público e privado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Notas

¹ Há a autonomia política especialmente pelo fato de que cada um destes entes possui um Poder Legislativo próprio, produzindo leis que organizam e direcionam individualmente aquele sujeito federativo que compõe o todo, ou seja, o Brasil.

² Ou “apresentam” o Brasil, conforme afirmam os adeptos da “teoria do órgão”, especialmente presente nas questões envolvendo o Direito Administrativo.

³ Aqui tomamos duas decisões para escrever o presente trabalho. Em primeiro lugar, apesar de diversas concepções possíveis, resolvemos tratar os termos “tratado internacional”, “convenção internacional” e “pacto internacional” como sinônimos, mesmo divergindo de alguns respeitadores doutrinadores. Em segundo lugar, acabamos por tomar partido a favor de alguma concepção dualista da relação entre direito internacional e direito interno. Mesmo sabendo que é plenamente defensável a ideia monista de um ordenamento único de normas de fonte nacional ou internacional, para este trabalho vamos considerar que os tratados devem passar por um “procedimento de incorporação” para serem aptos a criarem direitos e deveres para os sujeitos de direito interno.

⁴ Além da União, há, no federalismo brasileiro, três entes federativos: estados, Distrito Federal e município. Mesmo sabendo desta realidade, em prol da fluidez do texto, trataremos apenas dos estados e dos municípios, mas sempre lembrando que todas as consequências que atingem estes entes também se aplicam ao Distrito Federal, já que este, por determinação constitucional (art. 32 e parágrafos), é titular das competências legislativas e tributárias atribuídas aos estados e aos municípios.

⁵ STJ, Resp 90.871/PE, rel. Min. José Delgado, julg. 17.6.1997, DJ 20.10.1997.