
**A FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE
NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS DE
ICMS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 160/17:
A NORMA DESAFIA O ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL DO STF COMO
EFEITO CLÁSSICO DE BACKLASH EM
DESCONFORMIDADE COM O SISTEMA
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

**THE FLAGRANT UNCONSTITUTIONALITY
IN THE GRANTING OF ICMS TAX BENEFITS
BY COMPLEMENTARY LAW NO. 160/17:
THE RULE CHALLENGES THE STF'S
JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDING AS A
CLASSIC BACKLASH EFFECT THAT IS NOT
IN ACCORDANCE WITH THE BRAZILIAN
CONSTITUTIONAL SYSTEM**

Rubin Lemos

Promotor de justiça de defesa da Ordem Tributária do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito Público pelo UNICEUB, Brasília-DF, Brasil.

Resumo: O tema é instigante e bastante atual, afeta todos, apesar de nem todos estarem cientes da prejudicialidade da concessão de benefícios fiscais ao ICMS sem a observância do que previsto na Constituição Federal. No ensaio se discute o fato de uma Lei Complementar de nº 160/17, do Senado Federal, de forma contrária à jurisprudência do STF, ter concedido perdão aos Estados e ao Distrito Federal pela concessão inconstitucional de benefícios fiscais ao ICMS, bem como por liberar a guerra fiscal no Brasil. O artigo busca posicionar o leitor sobre o contexto dos fatos e como as normas jurídicas vigentes, incluindo a própria

Constituição, disciplina o assunto. Demonstra que a Constituição Federal disciplinou o assunto que trata da concessão de benefícios fiscais de ICMS baseada no acordo entre os entes da federação, justamente para preservar o pacto federativo e a própria democracia. Esclarece que a LC 160/17, mesmo tendo a mesma hierarquia da LC 24/75, é inconstitucional, pois contraria a Constituição Federal ao não preservar os princípios federativo e democrático. Traz o artigo a discussão sobre o efeito *backlash* das decisões do STF e os limites em que podem ocorrer, principalmente advindos do Poder Legislativo, os quais devem se ater aos princípios e regras descritas na Constituição Federal, que tem sua efetividade normativa e caráter dirigente. Demonstra a tese que a decisão não se compatibiliza com o sistema constitucional vigente, principalmente diante dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e do interesse público. Por fim, o artigo ilumina que a decisão nega a força normativa da Constituição Federal e seus valores, pois a decisão adotada na Repercussão Geral de nº 851.421 coloca em risco a integração da forma de Estado e o regime de governo da nação brasileira.

Palavras-chave: benefícios fiscais (ICMS); inconstitucionalidade; *backlash* (LC 160/17); limites constitucionais.

Abstract: The theme is instigating and quite current, affects everyone, although not everyone is aware of the harmfulness of granting tax benefits to ICMS without observing the Federal Constitution. The essay discusses the fact that a Complementary Law no. 160/17, of the Federal Senate, contrary to the jurisprudence of the STF, has granted pardon to the States and the Federal District for the unconstitutional concession of tax benefits to the ICMS, as well as to release the fiscal war in Brazil in search of this tribute. The article seeks to position the reader on the context of the facts and how the current legal norms, including the Constitution itself, discipline the subject. It demonstrates that the Federal Constitution disciplined the subject that deals with the granting of fiscal benefits of ICMS based on the agreement between the entities of the federation, precisely to preserve the federative pact and democracy itself. He clarifies that LC 160/17,

although having the same hierarchy as LC 24/75 is unconstitutional, because it contradicts the Federal Constitution, did not preserve the federative pact and democracy. The article discusses the backlash effect of the STF decisions and the limits that may occur, mainly from the Legislative Branch, which must abide by the principles and rules described in the Federal Constitution that has its normative effectiveness and leadership. It demonstrates that the argument of legal certainty is not compatible with the with the constitutional system in force, especially in view of the constitutional principles of legality, morality and the public interest. Finally, the article highlights that the decision denies the normative force of the Federal Constitution and its values, as the decision adopted in General Repercussion No. 851,421 puts at risk the integration of the form of State and the government regime of the Brazilian nation.

Keywords: tax benefits (ICMS); unconstitutionality; Backlash (LC 160/176); constitutional limits.

Sumário: Introdução. 1 A República Federativa do Brasil centraliza o poder normativo das regras de concessão de benefícios fiscais na União. 1.1 O regramento constitucional que impõe observância vinculante aos Estados-membros na concessão de benefícios fiscais de ICMS. 1.2 A necessidade dos convênios para a concessão posterior dos benefícios fiscais. 2. Da necessidade de demonstração do interesse público na concessão de benefícios fiscais. 3 Do conflito entre a jurisprudência do STF sobre concessão de benefícios fiscais de ICMS e a LC 160/17. 4 Da Impossibilidade de se convalidar leis inconstitucionais por meio de novos convênios para autorizar velhos benefícios. 5 Dos limites do efeito backlash. 5.1 O Efeito backlash perante o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e o princípio da democracia. 6 Conclusão: A Repercussão Geral nº 851.421 do STF e perda da oportunidade de se reafirmar os valores constitucionais. Referências.

Submissão: 14/10/2024

Aceite: 21/02/2025

INTRODUÇÃO

O Fato subjacente que despertou o interesse em sua investigação mais profunda diz respeito à aprovação da Lei Complementar de nº 160/17 do Senado Federal, em agosto de 2017, que teve o objetivo de perdoar, convalidar e, ainda, ampliar benefícios fiscais e financeiros relativos à cobrança do Imposto de Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e de Comunicação (ICMS) que haviam sido aprovados pelo Brasil afora sem os requisitos constitucionais exigidos para tanto, previsto no art. 155, §2º, XII, alínea “g” e que, invariavelmente, ao serem submetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) foram considerados inconstitucionais e, portanto, inválidos.

A importância do tema está justamente em esclarecer se a adoção da decisão política do parlamento brasileiro em rever anteriores decisões judiciais da Corte Suprema por meio da edição da Lei Complementar 160/17 tem amparo na própria Constituição Federal, ou seja, tratar-se-ia de um caso de “*backlash*” baseado em uma alteração legislativa compatível com a Constituição Federal ou de nova inconstitucionalidade, mesmo que seja legítima a reação de parte da sociedade em relação às decisões do STF.

Além disso, o tema versado diz respeito a receitas públicas que foram indevidamente destinadas para o setor privado, porque originalmente inconstitucionais, em época em que o País passa por problemas econômicos e políticos graves e que demandam da sociedade e instituições posicionamento afirmativo com relação à manutenção dos valores previstos na Constituição Federal.

O assunto tratado neste artigo busca salientar que os órgãos e poderes públicos devem sempre respeitar a Constituição da República, sob pena de se inverter a ordem dos valores nela previstos e buscar, a qualquer custo, a resolução de problemas para beneficiar ou não prejudicar parcelas da sociedade em detrimento de toda a população, o que não é salutar em um regime democrático.

É preciso esclarecer que o artigo parte do princípio de que se está diante de um Estado de Direito Democrático e que tem como sua lei maior a Constituição Federal, que diante das concepções mais modernas a entendem como um conjunto de normas de interpretação imperativa, de normatividade efetiva, inclusive no que se refere a sua observância pelos Poderes constituídos. Inicia-se com o foco da natureza jurídica do ICMS na Constituição Federal de 1988, para que fique mais claro sua importância nacional, dimensão supralocal, uma vez que o comércio de mercadorias e serviços de transporte interestaduais e de comunicação são realizados também entre os entes federados. Como este fato faz com que se tenha o deslocamento de riquezas de um Estado para outro, referido tributo foi utilizado pela Constituição Federal como um dos tributos capazes de realizar a distribuição de renda com o fim de melhorar as diferenças regionais. Por isso, inclusive todo um regramento específico em Leis Complementares 87/93 (Lei Kandir) e 24/75 (Lei dos Convênios).

A partir do entendimento da importância nacional do ICMS, fica fácil entender porque não se deixou ao alvedrio dos Estados a concessão de benefícios fiscais e financeiros relativos à cobrança

do ICMS, nem mesmo para atração de novos investimentos e criação de novos polos de indústria, por exemplo, dado que essa situação gera um conflito entre os Estados e isso, em vez de produzir uma distribuição de renda saudável, cria uma corrida ou concorrência, muitas vezes desleal com os demais entes nacionais, pois a busca pela concessão desses benefícios acabou por ser a única e última carta para melhorar o desenvolvimento local, sem que haja qualquer planejamento para tanto ou outros estudos de viabilidade de qualquer ordem.

No decorrer do texto serão abordadas as limitações constitucionais e legais que perpassam todo o processo para concessão de benefícios fiscais. Além disso, será demonstrado o posicionamento da Suprema Corte Brasileira com relação a esse tema, no sentido de afirmar que o STF de há muito assevera que concessões de benefícios fiscais ao arrepio dos requisitos previstos na Constituição Federal são inconstitucionais.

Após a demonstração desses fatos relacionados com o entendimento jurisprudencial pacífico do STF será analisado o efeito Backlash. Aqui já cabe sua conceituação a fim de posicionar o leitor sobre esse instituto. Entende-se por “Backlash” no sentido deontológico e de acordo com o Dicionário de Cambridge como “um sentimento forte entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou a um evento recente na sociedade ou na política”. No sentido jurídico, os professores americanos afirmam que o backlash desafia o fato de que as decisões judiciais devem ser acatadas por todos sem questionamentos ou sem resistência. Os

professores expressam que o constitucionalismo democrático situa-se na possibilidade de que os cidadãos possam influenciar o conteúdo de sua Constituição, até para torná-la mais legítima e democrática.

Ressaltam ainda, os professores Post e Siegel, que o backlash é uma expressão de diálogo constitucional. Demonstram que apesar de ser negativo para o direito, é muito salutar para a sociedade que fortalece a democracia e a própria legitimidade constitucional.

O fenômeno do Backlash não é novidade no direito internacional, e principalmente no cotidiano americano, onde podemos citar os casos emblemáticos de *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, os quais provocaram intensas reações acerca do poder da Suprema Corte de dar respostas a questões que afetavam diretamente a população.

O primeiro caso citado cuida da segregação racial em escolas públicas em 1954, quando se decidiu inconstitucional negar a matrícula de uma criança negra, Linda Brown, de 08 anos, em uma escola pública de brancos, durante a era do famoso juiz Warren. Ocorre que a Suprema Corte Americana decidiu que as crianças negras tinham direito de frequentar qualquer escola pública, mas não determinaram como, de que forma, quanto tempo e outros detalhes que deveriam ser atendidos pela decisão. Assim, parte da sociedade e políticos tentaram não dar cumprimento a essa decisão que teve uma grande repercussão social, com indignação de cidadãos e políticos conservadores, tendo sido a decisão implementada somente depois de 15 anos e por meio de outra decisão da Suprema Corte.

Outro caso famoso foi o citado *Roe v. Wade* que considerou inconstitucional uma lei texana em 1973 que não aceitava o aborto, e que decidiu ter Jane Roe o direito à privacidade sobre o direito à vida do feto. Ocorre que logo depois dessa decisão foi aprovado o *Partial- Birth Abortion Ban Act* que baniu o aborto a partir do 2º trimestre de gravidez e foi considerado constitucional pela Suprema Corte.

O Brasil tem experimentado também o fenômeno do backlash dos julgamentos da Suprema Corte, e isso fica bem claro no caso da União homoafetiva. Nesse caso, após a decisão na ADI 4277 e da ADPF 132, ambas em 2011, onde se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar com todos os direitos e deveres próprios da união estável entre homem e mulher, conforme previstos no art. 226, §3º, da CF/88, houve reações fortes tanto no âmbito político como de setores da sociedade, CNBB, (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil). No âmbito político, houve várias manifestações e inclusive proposição (nº 597005), que permanece no Congresso, no sentido de excluir da proteção do Estado as relações homoafetivas, por meio do chamado Estatuto da Família. Além disso, a regulamentação necessária e que deveria ser desencadeada pelo parlamento não se fez executar em virtude dessas reações e resistências.

Ainda é possível citar os casos dos julgamentos do aborto, no caso de anencefalia do feto e de pesquisas científicas utilizarem células-tronco, que fez nascer no parlamento o Estatuto do

Nascituro, cujo objetivo é proibir o aborto e as pesquisas com células-tronco.

Situando o caso do perdão aos benefícios fiscais como o efeito do backlash e a análise da constitucionalidade da nova legislação, chegamos na necessidade da discussão do tema, pois se verifica que o parlamento em reação às decisões do STF, com a clara disposição de resolver o problema de fato existente entre a realidade e o direito, utilizou seu poder para, sob o pálio do diálogo constitucional entre poderes constituídos, adotar uma medida que a nosso sentir é totalmente inconstitucional, a fim de amenizar e estabilizar situações jurídicas que podem gerar pagamentos milionários aos cofres públicos por quem se beneficiou dos incentivos fiscais inconstitucionais, além de ter promovido a continuidade e o incentivo aberto e geral da ‘guerra fiscal’, em confronto direto com o princípio Federativo e a manutenção de uma República una e coesa que estão previstos no art. 1º da CF/88.

Assim, o efeito backlash, no caso, diferentemente do que defendem os professores Post e Siegel, foi totalmente negativo ao direito, porque fez tábula rasa de decisões judiciais da Corte Suprema, colocando em cheque o poder de dizer o direito por parte do Supremo Tribunal Federal, e também negativo no âmbito social, porque provocou um retrocesso, dado que pregou o desrespeito a princípios que são caros ao Brasil, que são exatamente o princípio Federativo e o democrático, os quais atingem as massas mais necessitadas deste país, na medida em que a concorrência entre Estados pobres e ricos sempre prejudicará os setores mais fracos.

Entendo que esse pequeno ensaio dá uma contribuição distinta ao tema, uma vez que busca esclarecer que a postura do Parlamento, mesmo sendo o receptor de demandas de resistência às decisões da Suprema Corte, respondendo ao fenômeno do backlash, deve ter o máximo cuidado, como o poder judiciário deve fazê-lo quando cuida de questões de difícil resolutividade, uma vez que sua posição poderá gerar um efeito contrário ao esperado e provocar a retirada do apoio e da legitimidade perante a população, principalmente quando defende interesses meramente empresariais em detrimento de toda uma população que necessita ser cuidada, ou seja, quando a reação é antidemocrática.

No desenvolvimento do texto se tornará claro que diante do novo papel do Estado constituído debaixo de um sistema Constitucional e democrático de direito, não é possível que o Poder Legislativo continue fechando os olhos para a nova realidade e o cumprimento impositivo das normas constitucionais, inclusive e, principalmente, aplicando-se para eles os referidos princípios e regras previstas no chamado “constitucionalismo democrático”.

1 A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL CENTRALIZA O PODER NORMATIVO DAS REGRAS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS NA UNIÃO

Sabe-se que a forma federativa dos entes que compõem o Brasil foi forjada de maneira a centralizar o poder normativo no poder central ou União. Tal fato acaba impactando no poder que a União possui até hoje sobre os demais entes da Federação, não sendo, de maneira nenhuma, uma igualdade de competências

ou uma distribuída equivalência de poderes entre eles. Não, o poder da União é soberano em vários aspectos, principalmente para estabelecer políticas macro ou nacionais, em todas as áreas, somente ela pode legislar sobre direito civil e penal, estabelecer normas gerais, principalmente relacionadas com direito tributário e financeiro, bem como nas sendas sociais e assistenciais.

Certo dizer, também, que muito já se evoluiu desde a Proclamação da República até os dias de hoje, no sentido de melhor descentralizar e propiciar autonomia verdadeira aos demais entes da Federação. Porém, ainda se concebe um poder central muito poderosa frente os demais entes da mesma federação, diferentemente do que acontece, por exemplo, nos Estados Unidos da América e no Canadá.

Diante desse quadro, a Constituição Federal do Brasil trouxe para os entes da Federação a meta de perseguição de objetivos comuns, como os listados no seu art. 3º, onde a União tem papel relevante, seja como normalizadora geral, seja como coordenadora de políticas públicas mais genéricas, na busca de: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Aqui é possível verificar que, pelo menos quanto aos incisos II e III, que são demandas nacionais, estas ficarão sob a batuta da União que deve coordenar os trabalhos para atingir esses objetivos. A garantia do desenvolvimento nacional e a redução

das desigualdades sociais e regionais são típicos trabalhos que incumbem o ente central.

Neste diapasão é que se concebeu o ICMS nos moldes atuais como um dos instrumentos capazes de provocar o desenvolvimento equilibrado dos entes da federação, bem como mecanismo de transferência de riquezas de entes mais ricos para os mais pobres, mediante um sistema complexo de cobrança e distribuição dos valores arrecadados.

Assim, a União, antes mesmo da Constituição de 1988, já havia criado um sistema para impedir o que veio a ser conhecido como “guerra fiscal” por meio da Lei Complementar 24/75, da época da ditadura, que com extrema vidência previu o que ocorreria anos depois entre os Estados-membros a respeito da cobrança deste Tributo.

A referida legislação de 1975, que foi depois de 1988 reconhecida constitucional, estabeleceu os termos em que se possibilita a concessão de benefícios fiscais e creditícios em relação ao ICMS, exigindo que haja uma unanimidade entre os Estados federados que compõe o Conselho Fazendário Nacional para ser concedido algum benefício. Além disso, estabeleceu com uma clareza solar, que caso haja descumprimento da regra de se firmar convênio anterior a qualquer concessão de benefício, este fato acarretaria, cumulativamente o que descrito no seu art. 8º da Lei Complementar 24/75, senão vejamos: “I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria; II - a exigibilidade do imposto não pago

ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.”.

1.1 O regramento constitucional que impõe observância vinculante aos Estados-membros na concessão de benefícios fiscais de ICMS

A Constituição Federal, agora preocupada com a subsistência de regiões mais pobres e uma melhor distribuição de riquezas, sob os fundamentos da República democrática e da própria concepção de Federação indissolúvel como prescrito no art. 1º caput, deu regramento claro para proporcionar aos Estados a utilização, como exceção, da concessão de benefícios fiscais de ICMS.

Assim é que a Constituição Federal, nos arts. 150, §6º e 155, §2º, XII, “G” estabeleceu que fosse necessário para a concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS não só uma **legislação específica** tratando da matéria, para impedir a concessão de benefícios escamoteada em outras legislações que tratam de matérias diversas - o que já foi muito comum-, mas também o reconhecimento de que somente a Lei Complementar Federal poderia tratar dos requisitos para a concessão de benefícios fiscais, e esta seria a Lei Complementar 24/75.

Desta sorte, sendo uma Lei Complementar Federal a responsável por delinear os requisitos para a concessão de benefícios fiscais, todos os entes federados-Estados- ficaram submetidos aos seus ditames, não podendo legislar de forma

contrária, de acordo como o art. 24, §4º da CF, sob pena de se tornar inválida, inconstitucional.

1.2 A necessidade dos convênios para a concessão posterior dos benefícios fiscais

A deliberação dos Estados e do Distrito Federal para a concessão de benefícios fiscais, como exige a Constituição Federal, se faz por meio de acordos entre os entes da federação, por meio de um instrumento jurídico chamado Convênio, que é firmado em debates levados a efeito no Conselho Nacional de Política Fazendária – (CONFAZ), que congrega todos os Secretários de Fazenda dos Estados e do Distrito Federal perante o Ministro da Fazenda (representante da União), onde se realizam as reuniões.

Por exigência constitucional é preciso, então, antes da edição de uma legislação interna do Estado ou Distrito Federal prevendo a concessão de benefícios fiscais para o ICMS, que seja realizado um Convênio no âmbito do CONFAZ, onde os entes entram em acordo sobre a concessão dos referidos benefícios, quando pactuam, consertam, que a concessão desses benefícios será feita de maneira a não afetar ou prejudicar seus entes federados, onde quase sempre tais benefícios são estendidos para os entes que o desejam.

A partir da ratificação pelos entes e a homologação dos convênios, podem os entes federados lançar mão dessa autorização para dentro de seus territórios, e a partir daí poder editar normas legais para a sua concessão de fato.

Verifica-se que os Convênios não são leis, são atos administrativos, que possuem natureza de normas complementares, de acordo com o Código Tributário Nacional – (CTN), art. 100, IV.

De fato, após a deliberação dos entes da federação, ainda é necessário então uma lei para a concessão do referido benefício, pois o comando constitucional assim disciplina: “art. 150, § 6º: Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.”.

Assim, somente após o percurso desse trajeto é possível um ente da federação, com base nas regras constitucionais, fazer a concessão de benefícios fiscais, claro que ainda respeitando outras regras como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, por exemplo, a prevista no art. 14, mas que esse aspecto não será objeto de aprofundamento neste trabalho.

Por último, devemos realçar a importância de que esse percurso para a concessão de benefícios fiscais ao ICMS não pode ser, de maneira nenhuma, prejudicado ou adiantado por qualquer das fases. Explicando melhor, não se pode conceder benefícios fiscais e depois se aprovar um acordo no CONFAZ para validar o referido benefício, dado que o benefício não foi autorizado anteriormente e o suprimento dessa omissão não convalida tal conduta, invertendo o processo de concessão. Lembrando,

como já explicitado, que os convênios têm natureza de normas complementares, são atos autorizativos, não são leis, e, portanto, como a autorização deve preceder a ação, a concessão nestes moldes é nula, por expressa previsão legal (art. 8º da L.C 24/75).

Roque Antônio Carraza, em sua obra intitulada ICMS, esclareceu a respeito dos Convênios que:

Tais convênios são celebrados no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Nele têm assento representantes de cada Estado e do Distrito Federal, indicados pelo respectivo Chefe do Executivo. Normalmente, tal indicação recai sobre o Secretário da Fazenda, que, longe de ser o representante do povo de sua unidade federativa, não passa de um preposto do Governador.

Assentadas estas premissas, fica fácil proclamar que o convênio não é lei, nem o CONFAZ órgão legislativo, Assim, os funcionários do Poder Executivo que o integram não podem, a pretexto de dispor sobre isenções de ICMS, “legislar” a respeito. É o Poder Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal – onde têm assento os representantes do povo local que , ratificando o convênio, as concederá.

Detalhando o assunto, os Estados e o Distrito Federal devem, para conceder isenções de ICMS, firmar entre si convênios. Não são eles, porém, que as fazem nascer. Apenas integram o processo legislativo necessário à concessão destas desonerações tributárias. Elas surgem – ou deveriam surgir – do decreto legislativo ratificador do convênio interestadual (Carraza, 2002, p. 365).

Concordamos, pois com Alcides Jorge Costa quando pondera: “Os convênios são uma fase peculiar do processo legislativo, em matéria de isenções de ICMS. Fase que limita a competência das Assembleias Legislativas, mas que não pode eliminá-la” (ICM na Constituição, 1979, p. 130)

[...].

Isto tudo nos permite concluir que não é o convênio que concede a isenção de ICMS. Ele apenas permite que o Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal venha a fazê-lo.”

Citou, ainda, o preclaro autor, os ensinamentos de Geraldo Ataliba a respeito dos convênios, vejamos:

“[...] o convênio não dá nem tira direito a nenhuma Fazenda e a nenhum contribuinte. Não cria direito de natureza tributária nem em nenhum contribuinte. Não cria direito de natureza tributária nem em benefício, nem em detrimento de ninguém. É mero pressuposto de exercício eficaz da competência isentadora dos legisladores ordinários estaduais (“Convênios interestaduais”, 67, p. 5).”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também assentou esse entendimento, senão vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE ICMS PREVISTA EM CONVÊNIO DO CONFAZ. NÃO-CONCESSÃO POR ESTADO-MEMBRO. POSSIBILIDADE. NATUREZA AUTORIZATIVA DO CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para a concessão da isenção de ICMS, é imprescindível que exista um convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal no qual todos os entes representados concordem com a instituição do benefício e se obriguem a respeitar o que foi acordado. Trata-se de medida imposta com o objetivo de combater a chamada “guerra fiscal” entre as Unidades da federação, isto é, procura-se coibir práticas de desoneração tributária efetivadas com vistas a atrair contribuintes para determinado Estado (ou para o Distrito Federal), prejudicando os demais.

2. Ao contrário do que defende a ora recorrente, a Lei Complementar 24/75 não determina que todos os entes serão

obrigados a conceder o benefício previsto em convênio. A obrigatoriedade a que se refere o art. 7º é relativa à necessidade de os Estados-Membros respeitarem as isenções concedidas com base em convênio realizado, suportando eventuais ônus daí decorrentes.

3. O convênio celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ é um pressuposto para a concessão da isenção do ICMS. Por si só, não cria direito ao contribuinte. Trata-se de uma autorização para a implementação do benefício fiscal pelos Estados e o Distrito Federal, e não de uma imposição.

4. “É só este o alcance da ‘obrigação’ que o convênio regularmente aprovado impõe a todos os Estados-Membros: o respeito à implementação do benefício fiscal que, no limite do convênio, cada um deles venha a promover em seu território. Não poderia mesmo ser de outra forma, porque o objetivo de atribuir a cada um dos Estados a mera faculdade (e não a obrigação) de conceder benefício fiscal, é, acima de tudo, um corolário da autonomia político-administrativa dos Estados em relação à União, autonomia essa consagrada pelo art.18, caput, da Constituição da República, e que restaria malferida se o art. 7º da LC nº 24/75 fosse interpretado em sentido diverso ao ora sustentado” (PYRRHO Sérgio. “Soberania, ICMS e Isenções. Os Convênios e os Tratados Internacionais”, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 40).

5. Esta Corte Superior já se manifestou acerca da natureza meramente autorizativa dos convênios celebrados pelo CONFAZ, quando do julgamento do Resp 709.216/MG (2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 9.5.2005).

6. No caso concreto, embora prevista em convênio, a isenção de ICMS sobre as operações de remessa de baterias automotivas usadas não foi concedida pelo Estado de Rondônia, de modo que não há direito líquido e certo da impetrante em usufruir do benefício. Assim, não prospera a alegação de ilegalidade do auto de infração lavrado em face do não-recolhimento do tributo.

7. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 26.328/RO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, Dje 01/10/2008). ”

2 DA NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

Neste particular, devemos ressaltar que qualquer ato da administração pública, e especialmente aqueles que são considerados como de exceção, como é o caso da concessão de benefícios fiscais, dado que são renúncias de receitas do Estado-membro, cujo patrimônio é em última instância do povo, pode, na busca de atingir o bem coletivo, deixar de exigir do contribuinte o tributo, desde que cumpridas todas as normas e princípios para que isso aconteça, como já vimos acima.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público deve ser o ponto fundamental a ser observado na concessão de incentivos ou benefícios fiscais às empresas privadas.

Importante, então, estabelecer o que seria o interesse público na concessão dessas benesses.

Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, em trabalho publicado na internet explicitam, de maneira clara e didática, o que se deve entender a respeito do tema, vejamos dos trechos abaixo que peço vênha para transcrever, in verbis: explicitam, de maneira clara e didática, o que se deve entender a respeito do tema, vejamos dos trechos abaixo que peço vênha para transcrever, in verbis:

O interesse público é caracterizado como o interesse geral, interesse de toda a coletividade, não o interesse de uma pessoa, de um grupo de pessoas, ou do próprio ente estatal como pessoa jurídica de direito público, é o interesse caracterizado como persecução do bem comum.

Destarte, para atender o interesse público, fica certo que a concessão de incentivos para empresas privadas devem atender o interesse geral, o interesse de toda a sociedade, não o interesse particular da empresa privada, nem mesmo o interesse da pessoa jurídica de direito público ou de uma parcela da comunidade, mas o interesse geral de toda a coletividade, [...].

[...]

Destarte, para saber se a concessão de incentivos econômicos para empresas privadas de fins lucrativos atende o interesse público, necessitamos saber quais os interesses atendidos e se tais interesses são gerais, de toda coletividade. No caso das concessões de benefícios para empresas privadas de fins lucrativos instalarem-se em determinada unidade da federação, vislumbra-se os seguintes interesses: a) o interesse do empresário; b) aumento de receitas públicas; c) aumento da oferta de empregos.

Para caracterização do interesse público também é necessário que exista equivalência entre os benefícios concedidos e a contraprestação oferecida pelo beneficiário, o que se evidencia pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e economicidade:

Destarte, o interesse público vislumbrado no aumento de arrecadação e na geração de empregos deve ser proporcional aos incentivos oferecidos aos beneficiários. Em razão disto, não será possível a concessão de incentivos exagerados, desproporcionalmente onerosos ao Poder Público em relação aos benefícios de interesse públicos proporcionados pela empresa. Esta proporção somente poderá ser aferida no caso concreto, onde será detidamente analisada a relação custo/benefício entre os

incentivos concedidos pelo Poder Público e as contraprestações oferecidas pelo beneficiário.¹

Ora, é público e notório que, no caso em comento da LC 160/17, não se pode falar em aumento de arrecadação posterior ao fim do benefício fiscal, nem mesmo na criação proporcional de número de empregos, pois o que se buscava com a remissão dos débitos é o não pagamento de valores devidos pelos empresários aos cofres públicos e a perpetuação da guerra fiscal.

Nesta assentada, importante é ressaltar, sob o ponto de vista econômico, análise feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sobre programas efetivados com concessão de benefícios fiscais de ICMS e seus impactos no que concerne a guerra fiscal, citando como exemplos de casos concretos os ocorridos no Distrito Federal, que são objeto de remissão e reinstituição pela LC 160/17, os chamados programas “TARE” E “REA”, que concluiu, respondendo consulta da sociedade Pensamento Nacional das Bases Empresariais – EPNBE, nº 38/99, Rel. Conselheiro Marcello Caliar, DOU de 22/03/2000, pág. 01, que:

Incentivos concedidos no âmbito da guerra fiscal podem, portanto, alterar a dinâmica econômica e o nível de bem-estar da coletividade, ao gerar os seguintes efeitos:

- retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país;

1 www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/.../Tese_incentivo_empresas.pdf

- protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação;
- possibilita que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam predatoriamente eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função da enorme vantagem de que dispõem;
- prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo ao investimento, à melhoria de eficiência e inovação;
- gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo pode ser drasticamente alterado – e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo;
- desestimula a realização de investimentos tanto novos quando na expansão de atividades em andamento, gerando perda de eficiência alocativa na economia, com consequente redução de bem-estar;
- retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficiente de recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país;
- protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhorias na produção ou inovação;
- possibilita que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam predatoriamente eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função da enorme vantagem de que dispõem;
- prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo ao investimento, à melhoria de eficiência e inovação;

- gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo pode ser drasticamente alterado – e qualquer inversão realizada pode ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo incentivo;
- desestimula a realização de investimentos tanto novos quando na expansão de atividades em andamento, gerando perda de eficiência alocativa na economia, com consequente redução de bem-estar.

Fato que salta aos olhos, então, é a prejudicialidade de benefícios fiscais concedidos à revelia de estudos sérios sobre seus impactos e da falta de interesse público na sua concessão, pois invariavelmente em benefício de setores empresariais se concede benefícios fiscais, em prejuízo da população, o que parece inconcebível sob a ótica do Constitucionalismo moderno brasileiro.

3 DO CONFLITO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS E A LC 160/17

Desde há muito, o Supremo Tribunal Federal decide a questão envolvendo guerra fiscal, pelo menos desde 1995 (ADI-MC 1247-9/ PA).

Nessa ação (ADI-MC 1247-9/ PA), em que o relator da medida cautelar foi o Ministro Celso de Melo, deixou-se assentado todo um arcabouço de ideias-princípio que seriam utilizados de maneira uniforme nas demais decisões, onde firmou posição sobre os seguintes aspectos fundamentais:

1. Prévia deliberação dos Estados e do Distrito Federal por meio de convênios;
2. Que os atos inconstitucionais não estão sujeitos a decadência em razão do decurso de tempo;
3. O legislador constituinte republicano com o propósito de impedir a guerra tributária entre os Estados-membros enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, em tema de ICMS, realçam o perfil Nacional de que se reveste esse tributo, legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder ou revogar incentivos e benefícios fiscais;
4. A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à válida concessão dos benefícios fiscais em tema de ICMS.
5. O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir às relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS.” (grifos nossos).

Assim, a jurisprudência do STF que tem mais de 22 anos, hoje se tornou linear e corresponde à defesa do pacto federativo e da própria democracia.

Uma das últimas decisões em que se discutiu essa questão, em 2017, foi na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.796 PARANÁ, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes, onde a ementa ficou assim redigida:

[...].

2. a Lei n. 15.054/2006 do Estado do Paraná restabelece benefícios fiscais no âmbito dos programas Bom Emprego, Paraná Mais Emprego e Desenvolvimento Econômico, Tecnológico e Social do Paraná (PRODEPAR).

3. Vício de iniciativa. Matéria tributária. Inexistência de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo. Precedentes.

4. Violação do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Afronta ao art. 163, I, da Constituição Federal. Impossibilidade de adoção de dispositivos infraconstitucionais como parâmetro de controle. Precedentes.

5. Inexistência de violação à isonomia.

6. Causa de pedir aberta. Ofensa à alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição (“guerra fiscal”). Concessão unilateral de benefício fiscal no âmbito do ICMS. Inconstitucionalidade. Precedentes.

7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei 15.054/2006 do Estado do Paraná, com efeitos “ex nunc”, nos termos do voto do Relator. Vencido Marco Aurélio, que o julgava improcedente. Brasília, 8 de março de 2017².

O Ministro Gilmar explicou em seu voto que:

a orientação desta Corte a respeito do tema está há muito consolidada, no sentido de que são inconstitucionais os benefícios fiscais em matéria de ICMS concedidos de forma unilateral. Vale dizer, o descumprimento do procedimento a que

2 Em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194050> p. 1

se refere o art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição implica a inconstitucionalidade da lei concessiva do benefício fiscal

[...],

Em outras palavras, não podem ser concedidos benefícios fiscais em matéria de ICMS sem prévia anuência dos demais estados e do Distrito Federal.

É longa a lista de precedentes nesse sentido: ADI 286, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22.5.2002, Plenário, DJ 30.8.2002; ADI 1.247, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º.6.2011, Plenário, Dje 17. 8.2011; ADI 4.152, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 1º.6.2011, Plenário; ADI 2.549, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 1º.6. 2011, Plenário; ADI 3.936-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 19.9.2007, Plenário, DJ 9.11.2007; ADI 3.410, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 22.11.2006, Plenário, DJ 8.6.2007; ADI 3.429, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 22.11.2006, Plenário, DJ 27.4.2007; ADI 3.312, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16.11.2006, Plenário, DJ 9.3.2007; ADI 2.722, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22.11.2006, Plenário, DJ de 19.12.2006.

Aliás, tão remansosa é a orientação, que cheguei a propor a edição de súmula vinculante na matéria, como já mencionei acima.

[...]

Nesse particular, a controvérsia guarda, inclusive, considerável semelhança com o decidido por esta Corte na ADI-MC 3.936, de minha relatoria, DJ 9.11.2007, na qual se discutia a validade de lei de incentivo do Estado do Paraná. A decisão está assim ementada:

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2. Caráter normativo autônomo e abstrato dos dispositivos impugnados. Possibilidade de sua submissão ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes.

3. ICMS. Guerra fiscal. Artigo 2º da Lei nº 10.689/1993 do Estado do Paraná. Dispositivo que traduz permissão legal

para que o Estado do Paraná, por meio de seu Poder Executivo, desencadeie a denominada “guerra fiscal”, repelida por larga jurisprudência deste Tribunal. Precedentes.

4. Artigo 50, XXXII e XXXIII, e §§ 36, 37 e 38 do Decreto Estadual nº 5.141/2001. Ausência de convênio interestadual para a concessão de benefícios fiscais. Violação ao art. 155, §2º, XII,g, da CF/88. A ausência de convênio interestadual viola o art. 155, § 2º, incisos IV, V e VI, da CF. A Constituição é clara ao vedar aos Estados e ao Distrito Federal a fixação de alíquotas internas em patamares inferiores àquele instituído pelo Senado para a alíquota interestadual. Violação ao art. 152 da CF/88, que constitui o princípio da não-diferenciação ou da uniformidade tributária, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. 5. Medida cautelar deferida.”³. (grifo nosso)

4 DA IMPOSSIBILIDADE DE SE CONVALIDAR LEIS INCONSTITUCIONAIS POR MEIO DE NOVOS CONVÊNIOS PARA AUTORIZAR VELHOS BENEFÍCIOS

No julgamento cuja ementa é citada acima, ADI MC 3796/PR, o Supremo Tribunal Federal definiu, confirmando decisão do Conselho Especial dessa Corte, que a lei que concede benefício fiscal de ICMS sem prévio convênio é inconstitucional. E mais: **o convênio posterior autorizando esse benefício fiscal de ICMS não tem o condão de convalidá-lo, mesmo que aprovado antes do início da vigência da lei que instituiu o benefício de ICMS**, senão vejamos:

O fundamento central do recurso extraordinário para defender a constitucionalidade da Lei distrital 3.194, texto normativo

3 Em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&do-cID=13194050> p.24 e 25.

que concede benefícios fiscais relativos ao ICMS editado em 29/09/2003, antes, portanto, da elaboração de convênio entre os entes da federação, consoante exigido pelo artigo 155, § 2º, XII, g, da CF, é alicerçado sobre o argumento de que o convênio pode ser elaborado depois da publicação da lei que veicula o favor fiscal, desde que o seja antes da produção de efeitos plenos da norma.

*Consoante já afirmado nas razões de decidir do recurso extraordinário, a concessão de quaisquer benefícios fiscais concernentes ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS pressupõe a **prévia** elaboração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, nos termos do disposto no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição do Brasil.*

[...]

[...] Um ato inválido, como o é o ato inconstitucional, está evitado desde o nascedouro, ainda que nunca venha a produzir qualquer efeito.

[...]

*Esta Corte não discute em qual momento a lei editada antes da celebração de convênio produzirá efeitos plenos para afirmá-lo, ou não, a legitimidade constitucional, por ser pacífico o entendimento de que a formalização do convênio, enquanto requisito de validade do ato, deve **preceder** a edição da norma que veicula o benefício fiscal. Sem o atendimento desse requisito, a lei estará destituída do pressuposto caracterizador do consenso entre os entes federados, como exige o artigo 155, II, 2º, XII, g, da Constituição.*

*Essa orientação – **pacífica** – foi recentemente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de várias ações diretas de inconstitucionalidade cujo objeto eram leis estaduais que concediam benefícios fiscais sem a celebração de convênio **prévio**, das quais se destacam: ADIs 2.688 e 3.794, Relator o*

Ministro Joaquim Barbosa, ADIs 3.664, 3.803 e 4.152, Relator o Ministro Cezar Peluso, e ADI 2.549, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, todas julgadas no dia 1º de junho de 2011.

Desta sorte, não há como se entender possível a validação de norma inconstitucional, mesmo que se tenha, posteriormente, formalizado o Convênio. O Convênio deve lhe preceder, ser anterior. Assim, não há como se validar concessão de benefícios fiscais sem o Convênio, mesmo que haja remissão das inconstitucionalidades, pois não poderão ser reinstituídos com efeitos apenas para frente, apagando-se os efeitos retroativos, ou seja, entender a possibilidade de aplicá-la do convênio para frente, o que justamente procura fazer a LC 160/17.

A Constituição Federal estabeleceu junto com a LC 24/75 o padrão legal e moral para a concessão dos benefícios que são exceção. Não se pode transigir com os valores estruturantes da Carta Magna.

5 DOS LIMITES DO EFEITO BACKLASH

Como já explicitamos na introdução, o backlash é uma reação da sociedade ou de parte dela como reação aos julgamentos ocorridos na Corte Suprema, como um verdadeiro diálogo institucional que demonstra que o dinamismo da democracia se faz presente, o que de início parece bom e construtivo para que a sociedade chegue a um consenso razoável sobre determinados temas de difícil agregação em torno de uma posição e que quase sempre envolvem parâmetros culturais, religiosos e morais

daquela coletividade. Tal movimento social ou de parcela dela ocorrem por reação dos agentes que desejam conservar padrões e valores até então presentes como verdades sociais ou interesses econômicos, mas que claramente afetam direitos de outra parcela da coletividade, inclusive direitos fundamentais.

Assim, alguns defensores da restrição da atuação das Cortes Supremas, em função do efeito backlash representar um retrocesso, num primeiro momento, para determinadas posições sociais sobre temas difíceis, querem imputar responsabilidade às Cortes sobre o fato de que o risco de retrocesso deveria pautar as decisões.

Ora, diferentemente dos EUA, no Brasil não há ativismo quando o STF é chamado a decidir sobre, inclusive, temas de difícil resolução, polêmicos, o que não pode ser, então, empecilho para que a Corte aponte o caminho que a própria Constituição Federal traçou para aquela questão ou tema da vida em sociedade.

Claro que, mesmo sendo uma decisão da Corte Suprema, que deve dizer em última instância o que a Constituição Federal delineou para determinado assunto, isso não impede ou acaba provocando reação de parte da sociedade que com ela não concorda, que vai adotar estratégias para se alinhar ou até tentar refutar a tese definida no STF. Até aí está tudo certo e faz parte do jogo democrático e de extrema importância para sua própria manutenção.

Na verdade, o que é preciso investigar é se há algum limite para a exteriorização dessa inconformidade com as decisões do STF ou se esse diálogo institucional deve ser ilimitado, podendo, por exemplo, o Poder Legislativo, utilizar-se de sua competência

constitucional de fazer leis para simplesmente passar por cima das decisões da Corte Suprema, diante do sistema Constitucional posto no Brasil.

De acordo com um artigo bem esclarecedor escrito por George Marmelstein Lima⁴ (reacoes-politicas-a-atuacao-judicial), esclarece que:

[...]o efeito *backlash* do ativismo judicial, que é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial.

(7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

4 <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdiacao-constitucional->

[...];

É preciso ter consciência de que o efeito *backlash*, mesmo gerando resultados indesejados, faz parte do jogo democrático, o que não deve impedir, obviamente, uma análise jurídica sobre a validade constitucional de qualquer lei aprovada pelo parlamento, seja ela gerada ou não pelo efeito *backlash*. Também é preciso ter consciência de que o efeito *backlash* não é um mero processo de medição de forças, em que os juízes disputam com os políticos a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis. Há muito mais em jogo. Se não tivermos uma compreensão clara sobre os fatores que influenciam a legitimidade do poder, sobre o tipo de soluções institucionais que desejamos, sobre o papel da legislação e da jurisdição, com todos os seus defeitos e virtudes, dificilmente conseguiremos resolver os conflitos que surgem da constante tensão que existe entre o direito e a política, que está na base do problema aqui tratado.

Desta sorte, para que tenhamos a real clareza sobre essa circunstância, ou seja, se há ou não algum limite para a exteriorização do efeito *backlash* no Brasil por decisões adotadas na Corte Suprema, temos que melhor abordar a questão da divisão de poderes na República Federativa do Brasil, bem como se a conduta do Poder Legislativo, no caso em questão, L.C 160/17, atende ao Constitucionalismo democrático, como veremos no próximo tópico.

5.1 O Efeito *backlash* perante o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e o princípio da democracia

Inicialmente, importante destacar que os poderes instituídos e sua divisão por competências está toda determinada pela Constituição que estabelece a organização dos Poderes no Título IV, capítulos I, II e III.

A nossa carta política, então, estabelece os poderes e competências de cada um deles e no art. 2º, de forma iluminada, primeiro expressa que eles são independentes para depois vir a harmonia, senão vejamos: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Afora isso, é claro o artigo que estabelece a competência para julgamento de causas levadas ao STF, descritas no art. 102 da CF/88. Diante do que a Constituição Federal Brasileira impõe ao Poder Judiciário, no caso ao STF, está a de julgar as ações que a ele são demandadas pela sociedade. É a competência de julgar por último do STF, ou seja, de dar o veredito final sobre se determinada lei ou ato normativo está compatível com a Constituição podendo, inclusive, exigir cumprimento dos demais poderes e sua vinculação, sob pena de descumprimento de decisão judicial que pode acarretar consequências imediatas na esfera cível e penal, além de ser arguida por meio de ação própria. Aqui, é bom lembrar, a decisão tem validade e vinculação inclusive para o Poder Legislativo. Claro que essa competência de julgar do STF não quer e nem pode impedir que o Poder Legislativo exercite sua competência original que é a de fazer as leis.

Também é claro que o Poder Legislativo pode até alterar leis que foram objeto de análise do Poder Judiciário para, de alguma maneira, tornar mais restritiva ou ampliativa uma senda de direitos, ou seja, estamos a dizer que o Poder Legislativo, no exercício dessa competência que lhe é exclusiva, deve observar

o entendimento e a diretriz traçada pela decisão do STF, que expressa a “vontade de Constituição”, no dizer do Mestre Carlos Ayres Brito, sob pena de descumprimento.

Não pode o Poder Legislativo, a pretexto de ter a competência de fazer leis, frontalmente descumprir o julgamento do STF a respeito de uma matéria, mesmo que de forma enviesada ou transversa, mas em clara afronta à decisão da Corte Suprema, pois no nosso sistema constitucional o poder da constituição dirigente tem força normativa e é vinculante, diferentemente de outros regimes constitucionais, cuja manifestação do alcance e sentido é dada pelas decisões da Corte Suprema.

Para melhor ilustrar um caso em que é possível haver o exercício do Poder Legislativo que não seja ofensivo à decisão do STF sobre uma determinada matéria, citamos o caso do julgamento que cuidou da vaquejada, onde o Supremo na ADI 4983 decidiu que:

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE.

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

Parte do julgado ficou assim sintetizado e que esclarece qual foi o objeto do julgamento:

Consoante asseverado na inicial, o objetivo é a derrubada do boi pelos vaqueiros, o que fazem em arrancada, puxando-o pelo rabo. Inicialmente, o animal é enclausurado, açoitado e instigado a sair em disparada quando da abertura do portão do brete. Conduzido pela dupla de vaqueiros competidores vem a ser agarrado pela cauda, a qual é torcida até que caia com as quatro patas para cima e, assim, fique finalmente dominado.

Após essa decisão, o Congresso Nacional, por reação a essa decisão aprovou a seguinte lei de nº 13.364/2016: Art. 1º Esta Lei eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial. Art. 2º O Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, passam a ser considerados manifestações da cultura nacional. Art. 3º Consideram-se patrimônio cultural imaterial do Brasil o Rodeio, a Vaquejada e expressões decorrentes, como: I - montarias; II - provas de laço; III - apartação; IV - bulldog; V - provas de rédeas; VI - provas dos Três Tambores, Team Penning e Work Penning; VII - paleteadas; e VIII - outras provas típicas, tais como Queima do Alho e concurso do berrante, bem como apresentações folclóricas e de músicas de raiz.”.

A Lei acima pretendeu registrar, de acordo com estudos e investigações mais aprofundadas sobre o tema da vaquejada e do rodeio, que existem outras práticas que são denominadas de vaquejada, mas não estão adstritos ao evento que foi objeto de julgamento no STF, pois no julgamento se cuidou única e exclusivamente da questão da vaquejada como prática da derrubada do animal utilizando-se do rabo, sendo que há outras

tantas modalidades que não se confundem com essa e que não dependem da ação direta e prejudicial ao animal, como é o caso da montaria, apartação e outras previstas na respectiva lei.

Assim, diante do nosso sistema jurídico-constitucional, a Lei 13.364/16 teve a intenção de não desconstituir a decisão do STF na ADI 4983, mas de esclarecer que a vaquejada também existe sob outras modalidades, como expressão cultural, e que não estão envolvidas práticas que impõe sofrimento ou agressão aos animais, e, portanto, não estariam submetidas àquela decisão. Esta, portanto, seria uma atuação do Poder Legislativo que respeita e favorece a democracia deliberativa e o respeito à Constituição Federal.

Desta sorte, fica claro que no sistema Constitucional brasileiro o efeito backlash, principalmente advindo do parlamento, diferentemente, por exemplo, do sistema Americano, deve observar as regras e princípios constitucionais para que o diálogo institucional seja democrático, não ultrapassando as competências de cada Poder no jogo, mesmo que de alguma maneira haja um retrocesso possível no quadro de questões a serem decididas, mas que atendem aos limites de atuação dos poderes instituídos, e, principalmente, o Estado de Direito e o respeito à norma constitucional produzida por representação popular, que o professor Carlos Ayres Brito chama de Democracia Procedimentalista, como parte da democracia de três vértices, integrada ainda pela substancialista e fraternal.

6 CONCLUSÃO: A REPERCUSSÃO GERAL Nº 851.421 DO STF E A PERDA DA OPORTUNIDADE DE

REAFIRMAR OS VALORES CONSTITUCIONAIS

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Repercussão geral que analisou se o poder legislativo poderia modular efeitos de atos inconstitucionais, antes ou à revelia de uma decisão do STF e, especialmente, no caso de convalidação de benefícios fiscais concedidos pelos Estados ao arrepio da Constituição Federal, firmou a seguinte tese:

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS JULGADOS INCONSTITUCIONAIS. REMISSÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PRECEDIDA DE CONVÊNIOS. POSSIBILIDADE. 1. Recurso

extraordinário com repercussão geral reconhecida para definir se é constitucional que os Estados e o Distrito Federal, com amparo em convênios do CONFAZ, concedam remissão de créditos de ICMS oriundos de benefícios fiscais declarados inconstitucionais. 2. O ICMS é imposto de competência dos Estados e do DF, mas, devido a seu potencial lesivo ao pacto federativo, a Constituição determinou que cabe ao legislador complementar estabelecer a forma como são concedidos e revogados benefícios fiscais a ele relacionados, a fim de impedir a guerra fiscal. O legislador complementar, por sua vez, previu a obrigatoriedade de autorização do CONFAZ, mediante convênio, como pressuposto de validade da lei estadual de desoneração. 3. No caso ora em julgamento, a lei distrital concedeu a remissão de créditos de ICMS devidamente autorizada por dois convênios do CONFAZ. Indevida, portanto, a intervenção desta Corte para limitar a autonomia dos entes quando eles atuam dentro das balizas constitucionais. 4. A hipótese não se confunde com constitucionalização superveniente, uma vez que a lei distrital impugnada não convalidou as leis anteriormente julgadas inconstitucionais. O Distrito Federal apenas concedeu novo benefício fiscal amparado em convênios do CONFAZ. 5. Desprovidimento do recurso extraordinário, reconhecendo-se a

constitucionalidade da Lei do Distrito Federal nº 4.732/2011, com a redação dada pela Lei nº 4.969/2012, com a fixação da seguinte tese: “é constitucional a lei estadual ou distrital que, com amparo em convênio do CONFAZ, conceda remissão de créditos de ICMS oriundos de benefícios fiscais anteriormente julgados inconstitucionais”.

Dessa sorte, o STF perdeu a oportunidade de considerar a norma inconstitucional e os efeitos que dela advieram, deixando de afirmar a divisão de poderes e os valores constitucionais que são caros à própria existência da República Federativa e democrática brasileira. Ora, de acordo com a interpretação constitucional do fato, da concessão do perdão pelas inconstitucionalidades praticadas e a possibilidade de os Estados-membros instituírem “guerra fiscal” entre eles, mesmo que de maneira consensual, vai de encontro com os valores e princípios estruturantes do constitucionalismo dirigente e democrático brasileiro.

Claro que reações da sociedade ou de parte dela, incluindo aí o Parlamento, sempre faz parte do jogo e na maioria das vezes vem ao encontro do fortalecimento democrático, na medida que apanham o sentimento da população em relação ao fato que se examina. Ocorre que utilizar o descontentamento de alguns para descumprir a Constituição Federal depõe contra o fortalecimento das instituições e da própria democracia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eduardo Borges; KOZICKI, Katya. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Sequência, Florianópolis, v.36, n. 71, p. 107-131, 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>> Acesso em: 08 de março de 2018.

BARBOSA, Daniela. Quase metade dos brasileiros é contra casamento gay. Exame, 11 maio 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/quase-50-dos-brasileiros-sao-contracasamentos-gays/>> Acesso 10 de março de 2018

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática Transformadora. 3ª tiragem, 7ª ed. Saraiva. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.796 Paraná. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194050>

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria Constitucional. 1 ed. 2 reimp. Belo Horizonte:Fórum, 2010.

CARRAZA, Antonio Roque, ICMS, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp 365.

ICM na Constituição e na Lei Complementar, São Paulo, Resenha Tributária, 1979, p. 130.

GREENHOUSE, Linda e SIEGEL, Reva. Before (and after) Roe v. Wade: New questions about backlash. *Yale Law Journal*, Yale, v. 120, n. 8, 2011. Disponível em: <<http://www.yalelawjournal.org/feature/before-and-after-roe-v-wade-new-questions-aboutbacklash>>. Acesso em: 15 março. 2018. p. 2077.

KRAMER, Larry. The interest of the man: James Madison, popular democracy. *Valparaiso University Law Review*, v. 41, n. 2, p. 697-754, 2007. Disponível em: Acesso em: 19 maio 2017.

KRIEGER, Linda Hamilton. Afterword: Socio-Legal Backlash. *In: Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, v. 21, n. 1, 2000, p. 476-477.

LIMA, George Marmelstein. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial [online]. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/> . Acesso em 10 de março de 2018.

MÁRIO SÉRGIO DE ALBUQUERQUE SCHIRMER MATEUS
EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI. Da concessão de benefícios econômicos pelo Patrimônio Público. Disponível em: www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/.../Tese_incentivo_empresas.pdf

PIMENTEL, M. B. (2017). Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(214), 189-202. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189

POST, Robert and Siegel, Reva, Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=990968>

VASCONCELOS, Brenda O efeito backlash: a reação a decisões judiciais. Disponível <https://direitodiario.com.br/o-efeito-backlash-reacao-decisoes-judiciais/>

