

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAIO MARCELO MACIEL SITÔNIO

GUERRA FISCAL DO ICMS: NOVAS NUANCES E SOLUÇÕES

SANTA RITA

2017

CAIO MARCELO MACIEL SITÔNIO

GUERRA FISCAL DO ICMS: NOVAS NUANCES E SOLUÇÕES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação de Direito de Santa Rita do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Adair Borges Coutinho Neto

SANTA RITA

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por tornar tudo em minha vida possível. Agradeço também a minha família, meus amigos, minha namorada, professores, orientador, todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão deste curso. Que tiveram paciência comigo nas horas de tensão e de empenho, e que foram e são peças chave nesse meu início de caminhada na vida. E terão tanto mérito quanto eu, no homem e profissional que eu vir a me tornar.

RESUMO

O presente trabalho trata da Guerra Fiscal, competição entre os Estados da nação, onde são concedidos benefícios fiscais unilaterais visando a atração de investimentos. Traz um breve histórico para que se possa analisar em que período se constatou o início desta competição, e em que período se acentuou. Expõe também as soluções atualmente apresentadas, relacionadas com o contexto atual que o país vive. Soluções estas que vão desde a edição da Proposta de Súmula Vinculante nº 69 até a reforma do ICMS (Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços), unificação do ICMS ao IPI, entre outras. Chega-se ao final à conclusão de que a solução mais acertada seria a da edição da Súmula Vinculante com a modulação dos seus efeitos no tempo.

Palavras-Chave: Guerra fiscal. ICMS. Súmula Vinculante. Benefícios fiscais. Incentivos. Modulação de efeitos. Reforma. Unificação.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 HISTÓRICO.....	08
2.1 Da autonomia dos entes federados.....	08
2.2 Do ICMS.....	10
3 GUERRA FISCAL.....	14
3.1 Conceito e caracterização.....	14
3.2 O Confaz.....	16
3.3 Caso Ford.....	18
3.4 Consequências.....	19
3.5 Posição do STF.....	23
4 PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 69.....	27
4.1 Conceito e objetivos.....	27
4.2 Parecer Procuradoria Geral da República.....	29
4.3 Em sentido contrário.....	29
4.4 Da modulação dos efeitos.....	33
5. OUTRAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	35
5.1 Reforma do ICMS.....	35
5.1.1 Da forma atual de tributação.....	37
5.1.2 Dos obstáculos.....	37
5.2 Unificação do ICMS e IPI.....	41
5.3 Das políticas de desenvolvimento regional.....	43
5.4 Do replanejamento da distribuição dos recursos federais.....	44
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem o intuito de analisar o fenômeno da Guerra Fiscal entre os Estados da Federação, enquanto incentivos fiscais oferecidos como forma de barganha para atrair empreendimentos para seu território. Em que o foco restará nos incentivos de ICMS, apresentando um breve histórico acerca da evolução que este tributo sofreu ao longo do tempo desde sua instituição, assim como um demonstrativo de sua importância na receita estadual. Demonstrando ainda os malefícios que esse fenômeno pode trazer para o Estado concedente a longo prazo, como para toda a nação a curto prazo, uma vez que essa prática claramente fere o pacto federativo.

O assunto aborda questões tanto do Direito Tributário como do Direito Administrativo, haja vista que todo o estudo realizado será feito a partir da análise das relações entre os estados, na pessoa de seu governante, e as empresas que pretendem investir em novos empreendimentos. O Direito Administrativo se faz presente nesta relação, uma vez que no momento que o governante de um estado qualquer concede um incentivo fiscal sem propor convênio junto ao CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), esse faz as vezes do Presidente da República. Uma vez que a política fiscal tem que ser elaborada de uma visão ampla da nação como um todo, para que esta alcance seu objetivo enquanto meio de sanar a má distribuição de renda, assim como, contribuir para a descentralização industrial do país.

Essa recorrente prática de incentivos arbitrários, sem consulta prévia, nem proposta de convênio no CONFAZ é expressamente vedada pela Constituição Federal em seus art. 150 §6º, 152 e 155, §2º, XII, “g” (citados mais a frente). Fato que nunca impediu a persecução de vantagens locais em detrimento da Lei maior.

Transpassados todos os pontos introdutórios citados acima, a fim de que se tenha uma noção geral, do que se trata o fenômeno da guerra fiscal, os incentivos sobre o ICMS, e suas implicações. Entraremos no principal objetivo deste trabalho monográfico, qual seja, analisar as posições tomadas pelo STF acerca do tema e a proposta de súmula vinculante de nº 69 que tramita no STF desde 2012.

Além de expor medidas alternativas propostas como possíveis soluções para a guerra fiscal.

A escolha do tema do trabalho leva em consideração, além do interesse do autor pelos assuntos que são objetos de discussão, a relevância não somente para a comunidade jurídica, mas também para a sociedade como um todo. Isso ocorre, pois o fenômeno político/jurídico, que trata o presente trabalho, afeta toda a coletividade, visto que a receita que o estado renuncia deveria retornar à população em forma de benesses.

Além da importância da persecução por uma solução para a problemática, uma vez que, como será demonstrado posteriormente, essa atividade, tem como marco inicial a década de 90, e até hoje não foi tomada nenhuma medida capaz de por um fim, de fato, nessa guerra onde todos perdem. Porém, importante também lembrar a delicadeza deste assunto, uma vez que, como demonstrado no trabalho, a depender da solução tomada e da forma que ela for aplicada, as conseqüências podem ser mais desastrosas do que a própria guerra em si.

Ressaltada a relevância e delicadeza do assunto, faz-se oportuno enfatizar também que a prática aqui tratada, apesar de afetar toda a sociedade, é um fenômeno bem alheio ao conhecimento da população em geral. Ou seja, os incentivos fiscais desordenados, sem passar por um planejamento fiscal prévio, causam um vazamento “consentido” na receita pública dos Estados, e uma impossibilidade de colocar em prática políticas fiscais, visando uma melhor distribuição de renda entre outras finalidades, tudo isso sem ninguém se opor, uma vez que nem se quer tomam ciência da prática.

Nesse diapasão, constitui-se como uma das principais motivações deste pesquisador a exposição do problema aqui tratado. Assim como, constituir uma análise acerca das tentativas atuais de sanar esse problema, para que possa, de alguma forma, contribuir para uma possível solução.

Finalmente, registre-se que o tema, apesar de ter um marco inicial há mais de 20 anos, continua atual, uma vez que a prática ainda acontece com frequência. Mais atuais ainda são as posições do STF sobre o tema, além da Proposta de Súmula Vinculante nº 69, que ao que se sabe, está na iminência de ser

editada. Vale ressaltar ainda, que o conteúdo a ser pesquisado é acessível e, com a soma de informações obtidas a partir de fontes diversas, tem-se uma boa base para fundamentar o desenvolvimento da atividade de investigação proposta.

2 HISTÓRICO

Para que se possa definir um marco e desenvolvimento histórico para a prática da “Guerra Fiscal” é necessário, primeiramente, demonstrar o desenvolvimento da autonomia política econômica dos entes integrantes da federação. Em seguida, faz-se necessário demonstrar, uma breve linha do tempo, desde a instituição do ICM, posteriormente ICMS, às mudanças sofridas pelos seus regulamentos, ao longo das constituições de 67, 69 e finalmente 88, que possibilitaram o início dessa competição.

2.1 Da Autonomia dos entes Federados

Segundo a doutrina que trata deste tema, não há que se falar da problemática da guerra fiscal em momento anterior aos anos 60, uma vez que o modelo federalista então adotado até esta data, praticamente anulava a autonomia dos entes federativos integrantes, de forma que se tornava impossível uma prática como a guerra fiscal.

Essa autonomia dos entes integrantes da federação foi resultado de todo um processo, que se inicia com o nascimento do nosso Federalismo em 1891, em que até o ano de 1930 houve certa autonomia estadual. Autonomia esta que não durou muito, haja vista o período da Era Vargas, que a princípio dava alguma autonomia aos estados, até a instituição do Estado Novo, que era favorável a total intervenção do Estado na atividade econômica e que se estendeu até o ano de 1945.

Com a redemocratização do Estado Novo, que se deu no período de 1945 a 1964, teve início uma fase de descentralização do poder, marcada pela reestruturação tributária, que aumentou o repasse das receitas arrecadadas pela União aos estados e municípios. Descentralização esta que foi interrompida pelo

regime autoritário de 1964, centralizando mais uma vez a política econômica e o destino das verbas públicas, nas mãos do poder central.

A partir do ano de 1968, a economia brasileira retornou a tomar fôlego. Crescimento este que culminou no “Milagre Econômico” de 1970 e conseqüentemente no aumento dos investimentos no Brasil. Segundo a doutrina, o milagre econômico foi o ponto de partida da “guerra fiscal”, ou pelo menos onde ela tomou proporções preocupantes.

A guerra fiscal interestadual se intensificou durante o “milagre econômico” gerado pela ditadura militar no início dos anos 1970. Nessa época de extrema centralização, o destino dos investimentos era decidido pelo governo federal, que manipulava mecanismos creditícios e fiscais e organismos como Sudam, Sudeco e Sudene para determinar a localização de empreendimentos em favor da Amazônia, do Centro-Oeste ou do Nordeste.

Por conta de incentivos fiscais, inúmeras filiais de fábricas do Sul e do Sudeste eram abertas em remotos municípios de estados mais pobres. A própria Ford montou uma unidade em Pernambuco, ao lado da Wallig Nordeste, indústria de fogões originária do Rio Grande do Sul.

O dinheiro para tais implantes de existência precária saía do Imposto de Renda, mas nos estados e municípios armou-se um “leilão de incentivos”, expressão pela qual ficou conhecido o jogo de concessões e barganhas para atrair investimentos. (HASSE e BONÉS, 2011)

Com a promulgação da Constituição de 1988, que garantiu o alargamento da competência tributária dos municípios e Estados, além do aumento do repasse de tributos federais para os demais entes federados, a autonomia dos Estados foi efetivada. Essa autonomia assegurada pela constituição de 1988 é mitigada pelas normas gerais de direito financeiro, que dá à União a possibilidade de regular, de forma mais ampla a tributação estadual e municipal, por meio de leis complementares, objetivando o planejamento e execução de políticas desenvolvimentistas.

Logo, apesar da maior autonomia já vivenciada até então pelos entes federados, essa descentralização mitigada pelas normas gerais, associada ao descompasso entre as competências materiais e as possibilidades orçamentárias dos entes políticos sub-nacionais, acirra ainda mais a competição interna desses entes por investimentos privados. Essa competição é mais conhecida como guerra fiscal.

Resta claro, então, que a principal causa da ocorrência dessa prática, dá-se devido ao descumprimento da ideia de cooperativismo desenvolvimentista, que é próprio ao conceito de federalismo cooperativista adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988, mas que pouco se vê na prática. (Calciolari, 2006)

2.2 Do ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) foi instituído pela Emenda Constitucional nº 18, com o intuito de substituir o Imposto sobre Venda e Consignação (IVC). A principal causa para ter sido substituído o IVC foi a arbitrariedade com que os entes federados ampliavam o campo de incidência deste tributo a fim de aumentar sua receita. Logo, a reforma tributária de 65/66 tinha como principal objetivo a centralização das receitas, com a finalidade de acabar com os conflitos e arbitrariedades entre Estados, conferindo ao Senado Federal a fixação de alíquotas.

O ICM foi instituído com uniformidade de alíquotas para todas as mercadorias, de competência impositiva dos Estados e municípios, com incidência sobre a circulação de mercadorias e de caráter não cumulativo. Era adotado, à época de sua instituição, o princípio da origem, ou seja, a arrecadação é feita no Estado em que o bem é produzido, uma vez que já se adotava o princípio da não-cumulatividade. De acordo com esse princípio, o imposto devido em cada operação deverá ser abatido do recolhido nas próximas operações.

A edição do Código Tributário Nacional (CTN), nos anos de 1966-1967, estabelece as normas básicas de estruturação relativas ao ICM. Com o Ato Complementar nº 31 de 1966 foi restringida a competência para arrecadar que ficou exclusiva do Estado, tendo os municípios direito ao repasse de 20% da arrecadação desse imposto. Nesse período as alíquotas permaneceram uniformes em relação às operações internas, e alíquotas diferenciadas em função da procedência em relação às operações interestaduais, e a competência para fixar alíquotas mínimas e máximas era do Senado Federal. Porém, acontece aqui a primeira flexibilização da proibição dos Estados de estabelecerem alíquotas internas do ICM, foi permitido que

estados de uma mesma região geoeconômica firmassem convênios a fim de estabelecer alíquotas regionais uniformes.(Fernandes e Wanderlei, 2000)

Já em 1969, com a Emenda Constitucional nº1, em seu art. 19 §2º, atribuiu à União, a competência para conceder isenções de impostos estaduais e municipais, desde que para atender relevante interesse social econômico. Além de que, já previa também, em seu art. 23, que tais isenções só poderiam ser concedidas por meio de convênios celebrados pelos Estados membros, posição esta reiterada pela Lei Complementar nº 24 de 1975, que cria o CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), a fim de acabar com os convênios regionais. Esta previsão legal, da necessidade de convênio nacional para a concessão de isenção veio como principal mecanismo para cessar os conflitos que ocorriam entre os estados de uma região geoeconômica e outra. Onde foram criadas também, sanções para os estados que descumprissem as decisões do CONFAZ.

Apenas em 88, com a promulgação da atual Constituição Federal, que o então ICM tem sua hipótese de incidência ampliada, abrangendo agora alguns serviços, transformando-se no ICMS. Quanto ao seu regulamento, ficou a cargo do Senado Federal fixar as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais e de exportação, além de fixar as máximas e mínimas, em operações intra-estaduais. (Calciolari, 2006)

De acordo com a sistemática vigente do ICMS, a estrutura de alíquotas é a seguinte:

- 17% para transações internas, no nível de estado, para bens de consumo final;
 - 12% para transações interestaduais, excetuando-se as realizadas do Sul e Sudeste (excluindo o Espírito Santo) para o Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Espírito Santo, as quais são tributadas com alíquota de 7%;
 - 13% nas transações de exportações;
 - alíquota zero para as importações de insumos agrícolas tais como fertilizantes, inseticidas e sementes;
 - isenções para vegetais, frutas, implementos agrícolas para o Nordeste e alguns estados da região Norte e para produtos agrícolas de exportação (sucos de frutas, frutas frescas, carnes não congeladas,etc.).
- (PIANCASTELLI & PEROBELLI, 1996, Pag. 8-9)

Outro fator determinante para o aumento da disputa fiscal, foi a redução do esforço fiscal dos Estados e municípios, causados pelo aumento na participação da arrecadação tributária destes, aumento este assegurado pela reforma constitucional de 88, através do aumento dos coeficientes de distribuição

do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM). (Piancastelli e Perobelli, 1996)

Com o advento do Plano Real, os Estados tiveram suas receitas reduzidas concomitantemente à retomada de investimento privado, onde essas duas características deram início a um período de forte acirramento entre os estados. (Fernandes e Wanderlei, 2000)

Tendo em vista esse auge dos conflitos fiscais entre os estados, o Governo Federal edita a Lei Kandir (Lei Complementar nº 87 de 1996), que trata exclusivamente do ICMS, introduzindo importantes alterações em suas características. Onde as principais alterações foram: Foi estabelecido que para contribuintes industriais toda aquisição de insumo ira gerar crédito na operação de saída do produto, aproximando o ICMS do IVA (Imposto sobre Valor Adicionado). Permitiu-se ainda que as empresas se creditem do imposto pago sobre a aquisição de bens de capital, aproximando o ICMS agora de um IVA tipo consumo. Adotou ainda, o principio do destino em operações de exportação de produtos primários e industrializados semi-elaborados. Assegurando ainda o aproveitamento do crédito relativo a compra de insumos. (Fernandes e Wanderlei, 2000)

A Lei Kandir, ainda enquanto projeto de lei, tinha mecanismos de sanção aprimorados em relação aos constantes da LC nº 24, a fim de inibir a guerra fiscal instaurada no país. Porém, por pura pressão dos estados, que não queriam abrir mão dos incentivos como forma de barganha por investimentos, e para que fossem viabilizadas as mudanças acima citadas, foram vetados pelo Presidente, os artigos que continham os mecanismos de combate e sanção à guerra fiscal.

As conseqüências sofridas pela arrecadação do ICMS, devida à guerra fiscal, foram a perda da arrecadação total da federação, uma vez que a renúncia à receita virou a regra e não a exceção, além da perda da elasticidade da renda tributária dos estados que os concedem, já que o aumento da atividade econômica gerada no local pela vinda dos novos investimentos, não é acompanhada proporcionalmente pelo aumento da receita tributária, logo, não acompanhada também pelos investimentos em infra-estrutura que um desenvolvimento industrial e produtivo necessitam, para seu escoamento e boa execução. (Cavalcanti & Prado, 1998)

Entre 1980 e 1984, os estados tiveram um desempenho medíocre em relação à receita tributária do ICMS, com crescimento de apenas 15% em 5 anos.

Já de 1985 a 1986 a receita do ICM tem um crescimento explosivo de 49,7%, concomitantemente ao crescimento, também explosivo, do PIB e PIB Industrial, respectivamente 20,7% e 26,3%. (Fernandes e Wanderlei, 2000, p. 11)

Em 1988 com a ampliação da hipótese de incidência do então ICM, agora ICMS, essa ampliação teria implicado na ampliação da receita tributária do ICMS em 15-25% da receita total. De acordo com estudiosos do assunto, ao retirar este fator, o ICMS teria estagnado no período de 1987 a 1993. Ou seja, não fosse a reforma tributária de 88, a receita do ICMS teria sofrido considerável baixa, em relação aos períodos anteriores. Em 1993 se deu o ápice desse declínio da receita do ICMS, onde neste ano, a despeito do crescimento do PIB à taxa de 7%, a arrecadação do ICMS sofre contração.

Apenas em 1994 que a receita começa a reagir, com a estabilização da economia, conjugada à base tributária ampliada pela reforma de 1988, resultando na arrecadação total do ICMS alcançando o patamar de 7% do PIB. (Fernandes e Wanderlei, 2000)

Como se pode analisar nesse histórico, o ICMS sofreu inúmeras mudanças ao longo do tempo, desde sua estrutura básica, a base de incidência e autonomia dos estados em manipular sua alíquota. Pode-se extrair então, que o ICMS e seus regulamentos atuais, são o produto de toda esta trajetória aqui relatada. Onde restaram claras, duas tentativas de por fim na prática da guerra fiscal, porém, ambas frustradas. A primeira (criação do CONFAZ) pela falta de eficácia do mesmo, que veremos a diante. A segunda, com a Lei Kandir, que em seu texto original constavam três artigos voltados às sanções aplicáveis aos estados que concedessem benefícios à revelia do CONFAZ, porém, como já dito acima, a Lei foi editada sem os artigos de sanção à guerra fiscal, vetados pelo então Presidente Fernando Henrique. Restando assim, um problema ainda sem solução nem mecanismo eficaz para o seu combate

3 A GUERRA FISCAL

Perpassados os desenvolvimentos históricos tanto da autonomia dos estados quanto do ICMS, passemos agora a caracterizar a Guerra Fiscal, e explicar de forma prática como se dá essa competição nas relações entre os estados da federação. A fim de demonstrar as conseqüências que esta guerra traz, para os estados e para a federação em geral, tanto a curto e médio prazo, quanto em longo prazo.

3.1 Conceito e Caracterização

É sabido que quando da implantação de novo investimento, grandes empresas sempre irão procurar o local mais rentável possível, ou seja, o menor custo, com o maior lucro. Um dos fatores determinantes neste ponto é o fator tributário, haja vista a carga tributária do Brasil ser conhecida como uma das maiores do mundo. Em 2015 por exemplo, 32,66% do PIB foi usado para pagar impostos (Secretaria da Receita Federal, 2006). Logo, visando ser o escolhido pela empresa investidora, estados fazem propostas de isenções fiscais, a total despeito do plano agregado.

A guerra fiscal nada mais é que uma competição por atração de investimentos privados promovida pelos estados, por meio de concessão de incentivos fiscais, sejam reduções ou até renúncias totais, ou por meio de concessão de créditos subsidiados e vinculados ao recolhimento do ICMS. Onde as empresas de grande porte, fazem um verdadeiro leilão para decidir aonde irão se instalar, considerando vários fatores, desde a isenção fiscal ou a concessão de crédito acima mencionada, até a cessão de terreno para a construção do empreendimento.

Porém, estes incentivos fiscais, além de serem maléficis à Federação por si só, eles são concedidos a despeito da Constituição Federal, que trata do assunto nos seus artigos: 150 §6º, 152 e 155, §2º, XII, “g”.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

§ 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.

Art. 152. É vedado 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.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A lei complementar prevista na Constituição é LC 24, que foi tratada no histórico, e será tratada novamente, no tópico seguinte.

Do ponto de vista dos estados, tal concessão de isenção fiscal é benéfica para seu território e população, visando a geração de empregos que tal empreendimento irá possibilitar, além de que, ao se gerar empregos para o povo de certa localidade, aumenta-se o poder aquisitivo deste povo, fazendo girar mais o mercado local, gerando de certa forma um aumento de receita indireto.

A primeira vista, realmente aparenta ser um bom negócio para o estado “vencedor” desta guerra. Porém será demonstrado mais a frente, inúmeras conseqüências sofridas pela federação como um todo, principalmente pelo fato de a isenção fiscal não ser um fator determinante nem do investimento em si, nem da quantidade, mas apenas da sua localidade. (Calciolari, 2006)

Ou seja, o investimento iria acontecer independente da renúncia fiscal. Ou a renúncia até poderia acontecer, mas de uma forma planejada, analisando qual localidade para o investimento seria mais benéfica tanto para um desenvolvimento local, de uma região pontual necessitada, como para um desenvolvimento a nível nacional. Isenção esta que deveria acontecer por meio de convênio no CONFAZ, como a lei prevê, não de forma arbitrária e desordenada, cada vez mais renunciando a receita total da federação.

3.2 O Confaz

O Conselho Nacional de Política Fazendária(CONFAZ) como já foi dito no histórico deste mesmo trabalho, foi criado pela Lei Complementar nº24, criação esta fundamentada no art. 155 §2º, XII, alínea “g” da Constituição Federal. Este Conselho tem como um de seus objetivos, deliberar acerca de convênios que autorizem benefícios fiscais, onde é composto por um representante de cada estado e distrito federal e um representante da União. Que a princípio teria o condão de mediar estes conflitos de interesse entre os estados, e sempre firmando o convênio que mais beneficiasse a coletividade e não uma região pontual.

O grande problema encontrado nesse meio criado para deliberação de políticas tributárias, é que qualquer convênio que trate de concessão de benefícios fiscais, para ser aprovado no âmbito do CONFAZ, precisa de unanimidade nos votos pró. Este problema é pauta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 198:

Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, proposta pelo Governador do Distrito Federal, contra os artigos 2º, § 2º, e 4º, da Lei Complementar nº 24/75, por suposta afronta ao preceito fundamental do princípio democrático (artigo 1º, caput, da Constituição Federal), pois a exigência de unanimidade, então prevista para a concessão de incentivos fiscais, viola a autonomia necessária dos estados federados, em ofensa ao princípio federativo. (TOFFOLI, 2010)

A ADPF 198 proposta pelo governador do Distrito Federal, onde é alegada a ofensa a preceito fundamental pelas normas legais citadas acima. A Lei Complementar nº 24, atualmente, rege as hipóteses de isenção, incentivo e benefício fiscal, devido à convenção da doutrina e jurisprudência pátria. Fundamentam, a doutrina e jurisprudência, o uso da LC 24, na ausência de Legislação Complementar prevista pela Constituição Federal. Porém, não atentam para o fato de que a Lei Complementar nº 24, do ano de 1975, foi editada na vigência, ainda, do antigo ICM. Que apesar de, a princípio, ser o mesmo imposto apenas com hipótese de incidência reduzida, o ICMS traz novas características.

Além de que, a dita lei foi editada à época ainda de resquícios de um regime militar, logo por mais que em fase de redemocratização, ainda vivia-se uma era de grande autoritarismo. Logo, até o cenário político/econômico traz também novas situações e conflitos, que uma Lei de 42 (quarenta e dois) anos atrás não

poderá suprir, ou não alcançará ao menos a eficácia. Necessitando assim de novos mecanismos para disciplinar tais hipóteses.

A Lei Complementar nº 24, em seu art. 2º, §2º, prevê a tão criticada unanimidade para a concessão dos benefícios fiscais.

(...) Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todo os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

De acordo com o alegado pelo Distrito Federal, por meio de seu governador, ao exigir unanimidade dos presentes para a concessão de benefícios, a Lei Complementar citada acima viola o princípio da supremacia da vontade da maioria, bem como a autonomia dos estados federados, violando assim os princípios democrático e federativo. À sua ótica, fere também o princípio da proporcionalidade, haja vista a exigência da unanimidade para que seja aprovado tal benefício se mostra claramente desproporcional.

Abrir votação para a concessão de benefício fiscal por parte de um estado em relação a um grande empreendimento privado e conseguir uma unanimidade nos votos dos demais estados é uma utopia. Se vivêssemos em uma situação ideal de federalismo cooperativo que possibilitasse essa unanimidade, não estaríamos nem falando mais em guerra fiscal.

A unanimidade em um fórum dito 'federativo' só é plausível em um regime político em que a União pudesse impor seus interesses, compelindo os Estados a aceitá-los, como era o regime militar. (BERCOVICI, 2003, p. 188.)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 198 ora comentada, proposta no ano de 2009, ao tempo que escrevo este trabalho, ainda não foi julgada. Restando conclusa ao Relator (Ministro Dias Toffoli) desde o ano de 2015.

Esclarecida a inviabilidade de eficácia do CONFAZ nas questões de concessão de benefícios fiscais, tem-se que a situação vivenciada pelo Brasil é: como bem pontua Ricardo Calciolari, a concessão de benefícios e isenções à total revelia do CONFAZ, devido à falta de sanções eficazes para combater seu

descumprimento. Uma vez que a única sanção prevista na Lei Complementar nº24, art. 8º, é incompatível com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Houve tentativa de por ordem nesta situação em 1996, através da Lei Kandir(LC nº87), que previa em seus artigos 27 a 29 medidas eficazes de sanção ao descumprimento da lei que previa a obrigatoriedade de convênio nacional para ser válida a concessão de benefícios fiscais, porém, nosso então presidente, Fernando Henrique Cardoso, vetou tais dispositivos sob a alegação de que é competência privativa do Presidente da República, leis que tratem sobre estruturação e atribuição dos órgãos da administração pública.

3.3 Caso Ford

Um caso muito marcante, que deixou clara a voracidade desta guerra, foi o caso Ford. Onde a fabricante de veículos Ford ao decidir instalar fábrica no Brasil, em meados do ano 1998, recebeu proposta do então governador do Rio Grande do Sul, Antonio Britto. Proposta essa que somava incentivos no importe de quatro bilhões de reais, destes, três bilhões relativos apenas à isenção do ICMS. Porém, não se sustentou a proposta com a não reeleição do governador. Onde o seu sucessor, Olívio Dutra, reformulou a proposta, cortando inúmeros incentivos, usando o argumento de que o governo do Estado não tinha dinheiro para bancar todos os incentivos oferecidos no mandato do governador anterior.

De acordo com o noticiário da época, cerca de sete Estados entraram na briga para atrair o investimento para seu território. Porém, a proposta vencedora foi a do Estado da Bahia. De seu então governador, Cesar Borges, que ofereceu área terraplanada, infra-estrutura e isenções fiscais, além de financiamento de R\$ 691 milhões do BNDES. Onde a soma das vantagens concedidas, ainda superou a proposta inicial do Estado do Rio Grande do Sul, que como podemos ver, já se tratava de um valor absurdo a ser renunciado pelo Estado.

O incentivo fiscal, ofertado pelo governador da Bahia, foi possível através da prorrogação do Regime Automotivo Brasileiro à região do Nordeste. O Regime se trata de:

Um programa de investimento e de exportação com regime especial de importação. Isto é, a empresa industrial instalada no País ou que queira se instalar (newcomer) e que assuma junto ao governo o compromisso de investir/exportar terá, em contrapartida, a autorização para importar bens de capital, insumos e veículos com redução do Imposto de Importação (MDIC, 1999).

Na Lei que o instituía, eram previstos inúmeros incentivos ao setor automobilístico. Incentivos que foram responsáveis pelo aumento em 100% da produção de automóveis no Brasil. Elevando para três milhões de unidades produzidas por ano. Destas, metade destinada à exportação. O RAB trouxe muitas montadoras para o Brasil, e com isso, cada Estado usou de seus benefícios para tirar sua fatia do bolo dessa ascensão do setor automobilístico. (HASSE e BONES, 2011)

3.4 Consequências

Para se ter idéia da importância do ICMS na receita total do estado, de acordo com o informativo de arrecadação fornecido pela SER (Secretaria Executiva da Receita) no mês de Janeiro de 2017, o montante referente à arrecadação de ICMS na Paraíba representou mais de 90% da receita tributária total do estado. Ou seja, a partir do momento que se tem renúncias desordenadas desse importante imposto, o furo vai aumentando cada vez mais na receita estadual, e uma prática que se dá pela suposta autonomia que o ente tem em face da “vista grossa” que se faz, no final das contas vai tornando-o cada vez mais dependente dos repasses federais.

Pode-se usar como exemplo, o Paraná no ano de 1995, que tinha uma economia sólida e que dava ênfase quase nula a incentivos fiscais, sob a alegação de que a forma mais adequada de atrair investimentos, seria através do investimento na qualidade de vida da região, capacitação (por meio da educação) e infra-estrutura que viabilize a instalação de grandes empresas como se pretende, tornando mais fácil o escoamento da produção e diminuindo o investimento inicial, uma vez que o estado já detém a estrutura básica para alocar um investimento de grande porte. (Piancastelli e Perobelli, 1996)

Logo, quanto menor a arrecadação estadual, menor será o capital para executar políticas públicas de melhorias da qualidade de vida, assim como investimentos em infra-estrutura e educação. Restando como único atrativo da região o benefício fiscal, tornando-o refém desse incentivo, e perdendo total flexibilidade para uma posterior política fiscal. Uma vez que a concessão de incentivo virou a regra, e não a exceção, que possibilitava o governo central promover políticas tributárias a fim de descentralizar os pólos industriais e com isso incentivar o desenvolvimento de regiões menos favorecidas

Devido a este subdesenvolvimento da região concedente de benefícios fiscais, os gastos relativos à ineficiência de alocação, ou seja, vias de escoamento precárias, escassez de mão de obra especializada, seriam sofridos pelo consumidor final. Então o que se vê na prática, é a renúncia de uma receita por parte do estado, um aumento no valor final do que for produzido nessas regiões de baixa infra-estrutura, e tudo isso apenas para que as empresas aumentem sua margem de lucro.

Muito bem elucidada esta situação que o país se encontra, a carta aberta à Ministra Presidente Carmen Lúcia, redigida por um grupo de auditores fiscais do Estado do Rio de Janeiro, que pedem a regulamentação imediata dos benefícios fiscais tratados no presente trabalho:

Com isso, estabeleceu-se um estado de exceção fiscal, onde interesses de empresas se confundem com favores pessoais a políticos e lobistas Brasil afora. Isso explica, em boa parte, a bancarrota instalada nos estados que, em um verdadeiro leilão de benesses, sacrificam a própria arrecadação de tributos em prol de uma suposta atratividade de investimentos.

Essa conduta realimenta uma espiral de perda de competitividade provocada pela concorrência desleal, além de promover uma sangria das finanças estaduais – um binômio prejudicial ao país como um todo, que compromete a capacidade de prover a população dos serviços mais essenciais, como saúde e segurança pública. (SEFAZ-RJ, 2017)

No tocante ao incentivo por meio de concessão de créditos em montante superior ao que efetivamente onerou o produto, as conseqüências são sentidas diretamente pelos demais estados. Uma vez que devido à estrutura do ICMS, a simples isenção por parte de um estado, não influenciaria em transações interestaduais, pois o que não foi destacado naquele estado, será destacado no próximo, uma vez que não irá se creditar da operação anterior. Nesse sentido, os

estados além de isentar as empresas, concedem créditos de ICMS, para que seja compensado na operação interestadual. Dessa forma, atingindo não apenas a sua receita específica e a da federação em geral, mas também a receita específica de outros estados.

Outra importante consequência causada pela guerra fiscal, e a ampliação da margem de lucro que ela dá às empresas, é o comprometimento do princípio da livre concorrência. Uma vez que, com uma margem de lucro maior que a de seus concorrentes, a empresa beneficiada pelo incentivo, tem a possibilidade de praticar um preço muito abaixo do mercado, com o simples intuito de inviabilizar as atividades de seus concorrentes.

Muito bem demonstra esta consequência dos benefícios ilegais à economia, a carta aberta à Ministra Presidente do STF, já citada acima, ao defender a edição da PSV 69(Melhor explanada em tópico posterior):

A Súmula, além de declarar a inconstitucionalidade de benefícios fiscais concedidos à revelia do CONFAZ, adicionalmente traz de volta à economia nacional os preceitos da livre concorrência e da justiça fiscal, porque para cada empresa contemplada com benefício fiscal irregular, muitas outras são fechadas. (2017)

Para esclarecer o quão danosa ao princípio da livre concorrência é essa prática, a doutrina compara às decisões da OMC em coibir a concessão de subsídios a empresas exportadoras, uma vez que geram o direito de compensação afetando a livre concorrência. Como exemplo é demonstrado o caso da brasileira Embraer e a canadense Bombardier, onde o litígio levado a deliberação da OMC se pautava, em suma, a acusações de ambas as empresas, de serem ambas subsidiadas por seus governos. Porém se a nível mundial existe a OMC que garanta a primazia do princípio da livre concorrência no comércio internacional, a nível nacional faltam mecanismos que efetivamente regule e defendam os princípios do livre mercado. (Camargo, 2004, p. 217)

Visto a consequência em relação à livre concorrência, se não forem implantadas medidas que barrem esse tipo de prática, chegará um tempo que a empresa mais competitiva será a que tiver mais abertura e afinidade com o secretário, ou com algum político. As empresas ao invés de investir em tecnologia e

em qualidade para ganhar mercado, investirão em contratação de burocracia especializada em negociar isenções.

Outro fator que induz os estados às práticas de incentivos e isenções aqui problematizadas é o descaso do poder central, que, a princípio, deveria planejar, articular e executar planos de desenvolvimentos regionais, porém que na prática não acontecem. Dessa forma, em face da inércia do poder central, competente para as referidas políticas fiscais de incentivo ao desenvolvimento de regiões necessitadas, se vêem, os estados, por muitas vezes, sem outra opção que não a barganha por investimentos em seu território, por meio de benefícios fiscais arbitrários.

O que se vê no Brasil, é aí inefetividade do poder central na persecução de políticas que promovam a igualdade social das regiões, nem muito menos um senso de cooperação entre os estados, em que cada um se preocupa apenas de perseguir por meios próprios seu desenvolvimento.

Situação análoga foi descrita pelo então ministro de finanças da Bélgica, Christian Valenduc, onde ele comenta o problema da competição tributária internacional. Ao encarar o mesmo problema da guerra fiscal interna, porém a nível global, onde países oferecem incentivos fiscais para atrair investimentos, ou até as próprias empresas instituem como pré-requisito para que se aloquem em determinado país, a concessão de benefícios. Ficando o país numa situação difícil de se negar a conceder o benefício. Pois, por mais que ele tenha infra estrutura e localidade ideais para alocar tal investimento, se outro país conceder o incentivo requisitado, a empresa sem dúvida irá sopesar o benefício fiscal em detrimento dos benefícios estruturais e de localidade oferecidos pelo outro país.

Relatado o caso da competição internacional por investimentos, o Ministro chega à conclusão que os países se encontram em uma situação correspondente ao famoso dilema do prisioneiro.

O dilema do prisioneiro (atribuído a A. W. Tucker) é um exemplo de um jogo não cooperativo e de resto diferente de zero; não cooperativo porque os acordos não são vinculativos (ou aplicáveis coativamente) e de resto diferente de zero porque não se trata de uma situação em que os ganhos de alguém sejam as perdas de outrem. Imaginemos dois prisioneiros que são levados perante o magistrado de instrução. Sabem ambos que, se nenhum dos dois confessar, serão condenados a uma pena curta pela prática de

uma infração menor e passarão um ano na prisão; mas, se um deles confessar e puder depor como testemunha, será libertado, sendo o outro condenado numa pesada pena de dez anos de prisão; se ambos confessarem, cada um será condenado a cinco anos. Nesta situação, admitindo a existência de uma motivação baseada na indiferença recíproca, a opção mais razoável para ambos – a de que nenhum deles deve confessar – é instável. É o que se pode ver na seguinte tabela de ganhos e perdas (que se refere a anos de prisão):

Prisioneiro1	Prisioneiro2	
	Não confessa	Confessa
Não confessa	1/1	10/0
Confessa	0/10	5/5

Para se protegerem, se não tentarem defender os seus próprios interesses, cada um deles tem um motivo suficiente para confessar, qualquer que seja a decisão do outro. As decisões que são racionais do ponto de vista de cada um deles levam a uma situação em que ambos ficam pior.

O problema é claramente o de encontrar um meio de estabilizar o melhor plano. Podemos observar que, caso os prisioneiros soubessem que eram ou utilitaristas ou defensores dos princípios de justiça (cuja aplicação aos prisioneiros é restrita), o problema estava resolvido. Neste caso, ambas as doutrinas apóiam a solução mais razoável (RAWLS, 1993, p. 217)

Como já disse anteriormente, os estados brasileiros se encontram, de forma análoga à situação demonstrada pelo ministro da Bélgica, em situação que caracteriza o dilema do prisioneiro. Onde, por mais que cada estado queira que realmente sejam executadas as políticas fiscais de descentralização industrial, e que eles não precisem abrir mão de receita para que empresas se instalem em seu território, ou, se for abrir mão de receita, que seja como a lei prevê, por meio de convênios planejados em cooperação. Mesmo que pensem assim, sempre vai haver a possibilidade de algum não pensar da mesma forma, e conceder o benefício arbitrariamente. Logo, os estados se vêem em uma situação de insegurança, que não se enxergam como entes integrantes de uma federação, que deveriam exercer uma política cooperativa entre si.

3.5 Posição do STF

O Supremo Tribunal Federal, de certa forma, tem seu entendimento firmado acerca do tema da guerra fiscal. Sendo este entendimento no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do benefício concedido sem convênio prévio. Praticamente todos os casos levados ao Supremo, com a pretensão de anular benefícios fiscais unilaterais, fundamentados na sua inconstitucionalidade, uma vez

que violam o artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, já citado neste trabalho, foram acolhidos pela referida corte.

Como retrato deste posicionamento, temos o informativo de numero 629 do STF, referente aos julgados de 30 de maio a 3 de junho de 2011. Neste informativo, mais especificamente no tocante aos julgamentos do plenário, temos o resumo de 13 Ações de Declaração de Inconstitucionalidade acerca do tema ICMS e guerra fiscal, onde todas as 13 foram providas por unanimidade.

No ano de 2015, no julgamento da ADI 4481/PR, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do benefício unilateral, sem convênio realizado junto ao CONFAZ. A novidade trazida por este julgado, porém, não se encontra na declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal, mas sim na modulação dos efeitos no tempo dessa inconstitucionalidade. Pela primeira vez, o STF entendeu que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deveriam valer apenas para fatos futuros. Ou seja, o estado deve recolher normalmente o ICMS da empresa beneficiada da decisão em diante, sem comprometer em nada os anos que a empresa não pagou o imposto, devido ao benefício ora declarado inconstitucional.

De acordo com o professor Aldo de Paula Junior, em matéria ao Supremo em pauta: “A modulação de efeitos é polêmica em nosso sistema jurídico porque colide com a teoria da nulidade das normas produzidas em desacordo com a Constituição.” Afirma também que a modulação dos efeitos no tempo é expressamente prevista no art. 27 da Lei Federal nº 9.868/1998, para os casos de excepcional interesse social ou situações que estiverem em jogo razões de segurança jurídica.

O principal argumento utilizado pelo Ministro e Relator desta ADI, Luis Roberto Barroso, foi o de que o contribuinte não deveria pagar por uma ilegalidade praticada pelo estado. Uma vez que deve haver a presunção de boa-fé do contribuinte em relação ao ente. Traz também, o prejuízo à sociedade que a desconstituição dos efeitos do benefício podem acarretar, uma vez que o efeito retroativo da decisão geraria débitos de montantes absurdos, referentes aos 5 anos que os contribuintes passaram sem pagar tal imposto, se valendo da presunção de constitucionalidade que qualquer ato do representante do estado goza.

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio demonstrou, em seu voto vencido, posição veemente desfavorável à modulação dos efeitos no tempo, rebatendo o argumento do relator referente à boa fé do contribuinte. Ele diz que não há que se falar em boa-fé do contribuinte, uma vez que é sabido e firme o entendimento do STF acerca da inconstitucionalidade do benefício fiscal de ICMS sem amparo do convênio. Afirma ainda, que tal modulação dos efeitos, seria um incentivo ao descumprimento das leis, uma vez que uma prática declaradamente inconstitucional é desordenadamente repetida, a despeito de julgados do STF, e ao fim, passados 8/10 anos usufruindo da prática ilegal, não se tem perda nenhuma para o contribuinte, apenas ganhos.

Tal tendência foi confirmada, pelos dois julgados do STF, da sessão do dia 8 de março de 2017, acerca do tema. Que seguiram a tendência da inconstitucionalidade do benefício, ademais, também seguiram a tendência inaugurada em 2015, como relatado acima, referente à modulação dos efeitos no tempo.

Em meio a uma pauta fiscal tão importante, não pode passar despercebido o desfecho dado a duas ações diretas de inconstitucionalidade contra leis estaduais — as ADIs 3.796, rel. min. Gilmar Mendes, e 2.663, rel. ministro Luiz Fux —, julgadas na sessão do dia 8 de março de 2017.

As ações tinham em comum o fato de voltarem-se contra benefícios fiscais em matéria de ICMS. Além disso, foram julgadas procedentes pelo mesmo fundamento: a desobediência ao artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, que confere à lei complementar a tarefa de “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

A rigor, não há novidade alguma nessa fundamentação. Há décadas o STF decide da mesma forma. Os benefícios fiscais no âmbito do ICMS, concedidos de forma unilateral, sem prévia celebração do convênio interestadual exigido pela Lei Complementar 24/1975, são inconstitucionais. O que merece destaque é a modulação de efeitos que se aplicou às duas decisões.

Até recentemente, o STF não costumava modular os efeitos das decisões de inconstitucionalidade de benefícios fiscais estaduais concedidos de forma unilateral, compreendidos no âmbito da chamada “guerra fiscal”. As decisões eram tomadas com eficácia *ex tunc*. Restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segundo entendia o Supremo, poderia estimular ainda mais a concorrência fiscal predatória entre os estados-membros. (CORREIA, 2017)

A Ministra Carmen Lúcia, atual Presidente do STF, um dia após sua posse, marcou uma reunião com todos os governadores de estado e DF, para tratar

do tema da guerra fiscal. Em reunião, a presidente afirmou que pretende que o STF se torne um mediador entre os estados nesta guerra. Demonstrada tal preocupação com o tema, foi especulado que finalmente seria trazido à pauta para julgamento, o projeto de súmula vinculante 69, que declara inconstitucional todo benefício fiscal sem convênio nacional prévio que o autorize. Porém, passaram-se pouco mais de seis meses de sua posse, e não foi trazido à pauta ainda o projeto.

Descontentes com o descaso do STF, em especial de sua Presidente, que como demonstrado acima, à época da sua posse, trouxe nova esperança para os Brasileiros que esperam pela regulação deste tema, por meio da proposta de súmula vinculante que desde o ano de 2012 se encontra pronta para ser convalidada. E por pura pressão dos Estados que insistem em atos que visam exclusivamente, protelar a decisão do STF acerca do tema.

Temerários da possibilidade de os estados conseguirem firmar acordo que traga solução mais benéfica à seus interesses, a carta aberta supra-mencionada, clama pelo julgamento imediato da Súmula Vinculante 69:

Logo, precisamos deixar de ser uma nação onde o casuísmo impera, onde se dá um jeito em tudo e a justiça apenas observa. Afinal, não há ambiente de negócios sem regras claras, simples e duradouras. Assim como não há governo probo sem um judiciário eficaz.

E por isso, rogamos pela tramitação da PSV 69 com a máxima prioridade, sob pena de perdermos um momento único da história e consolidarmos o “jeitinho brasileiro” como praxe institucionalizada e referendada pelo Supremo Tribunal Federal.

Visto que é o mais comum de se acontecer em situações como esta em nosso país, se mostra bastante justificável a preocupação demonstrada na carta citada. Sendo de suma importância o julgamento da dita Súmula Vinculante, que será explanada no próximo capítulo.

4 PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE 69

Tendo sido desenvolvido e analisado o problema nos tópicos anteriores, tratar-se-á agora da proposta de súmula vinculante de número 69, datada do ano de 2012 (menos de um ano após o julgamento de treze ADIs relativas à guerra fiscal), proposta pelo Ministro Gilmar Mendes. A proposta de edição da súmula foi assim redigida:

Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional.

4.1 Conceito e Objetivos

Neste tópico irá se destacar o que é uma súmula vinculante, seus efeitos e objetivos deste projeto em específico. Que foi um instituto constitucionalizado em 2004, por meio da EC nº45, na qual se deu a reforma do judiciário. Nos termos do art. 103-A desta Emenda:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei

Visto a base constitucional do instituto aqui tratado, a lei mencionada acima é a Lei 11.417/2006 (Lei da Súmula Vinculante) que trará as normas que irão regular: o objetivo do instituto, a quem se aplica, qual o procedimento de aprovação, quais as conseqüências de seu descumprimento, entre outras regras.

No tocante ao objetivo do instituto, em seu art. 2º §1º, a lei supracitada elucida:

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que

acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

É uma jurisprudência, que quando votada e aprovada pelo STF, se torna entendimento obrigatório aos tribunais, juízes e administração pública direta e indireta. Só não vincula o STF e o Legislativo, para que a súmula vinculante não crie uma norma pétrea. Podendo o STF modificar entendimento acerca de súmula por meio de votação com quorum igual ao necessário para aprovar a súmula anterior (2/3 dos seus membros).

Acerca das conseqüências sofridas por quem descumprir o enunciado previsto na súmula vinculante, é clara a Lei 11.417/2006 em seu art. 7º:

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal., sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1o Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2o Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Logo, o que se vê assegurado com a Súmula Vinculante, é a possibilidade de uma via mais célere para julgar questões que contrariem seu entendimento. Uma vez que, descumprido seu enunciado, o interessado poderá entrar com reclamação direto no STF, e não esperar 10 anos para um julgamento como ocorre hoje com as ADIs.

A proposta de súmula vinculante ora comentada, tem como objetivo unificar o entendimento acerca da inconstitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos sem prévio convênio celebrado junto ao Confaz, almejando acabar com as reiteradas práticas de concessão de incentivos unilaterais, que caracterizam a guerra fiscal. Ou pelo menos, como foi dito acima, tornar mais célere o processo para a anulação de tais benefícios.

4.2 Parecer Procuradoria Geral da República

O Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, submeteu ao STF, no dia 14 de abril de 2014, parecer totalmente favorável à aprovação da Proposta de Súmula Vinculante 69. Onde ele rebate boa parte dos argumentos contrários que foram elencados pelos Estados, que em suma são contra a edição do verbete, uma vez que todos os vinte e seis mais Distrito Federal, já incorreram em prática que caracterizasse a Guerra Fiscal, e que sofrerão as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade de todos os benefícios concedidos neste regime de ilegalidade.

O que se percebe é que, atualmente, os Estados que se sentem prejudicados pela lei concessiva de benefícios relativos ao ICMS aprovada à revelia do CONFAZ podem adotar dois caminhos: ingressar com ADI, recorrendo ao STF para questionar as leis do outro ente federativo, ou glosar os créditos dos contribuintes de seus territórios, o que deságua em um litígio judicial que, não raro, também chega ao Supremo. Dados os benefícios do novo caminho, mais célere, que pode ser inaugurado com a aprovação da proposta, não há razões para postergá-lo; pelo contrário, deve-se permitir a sua imediata utilização (JANOT, 2014)

Resta clara, aqui, a posição veemente a favor da edição da súmula, por parte do Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot. Que deu parecer no mesmo sentido acerca da ADPF 198 (citado mais a frente).

4.3 Em sentido contrário

Com a Proposta, foram apresentadas diversas manifestações dos estados. Onde, em sentido contrário à aprovação da súmula vinculante, foram usados como argumento:

A necessidade de sobrestamento da proposta, em função do julgamento da ADPF 198, além de algumas ADIs de tema conexo, também do RE 628.075 e de algumas votações de projetos de lei que também tratam de mesmo tema. Situação esta afastada no parecer do PGR, Rodrigo Janot, visto que o conteúdo de todas estas ações e projetos de lei, não influenciam no teor da proposta da súmula.

Alegam a inconstitucionalidade da proposta por supostamente violar vários princípios, como: da presunção de constitucionalidade das leis, do Estado Democrático de Direito, da Proporcionalidade, da autonomia dos Estados, do pacto federativo e da separação de poderes.

Impugnam também, o emprego do vocábulo “qualquer” no texto do projeto, por afirmarem dissonância com algumas decisões da Suprema Corte, como é o caso dos benefícios fiscais outorgados a igrejas e templos de qualquer crença, onde foi decidido em acórdão no âmbito da ADI 3.421, pela desnecessidade do consenso dos estados para a outorga desses benefícios fiscais. Além de outras situações como o da Zona Franca de Manaus, entre outros.

Como exemplificação do problema trazido acerca da generalização dos benefícios que venham a caracterizar a guerra fiscal, o Ministro Luis Roberto Barroso pontuou, em seu voto na ADI 2.663:

O que eu acho que o dispositivo constitucional pretende evitar — o artigo 155, § 2º, 12, ‘g’ — é que o Estado dê vantagens competitivas a outras empresas e, portanto, estabeleça uma guerra fiscal. Essa proposta da lei não tem nada a ver com guerra fiscal, ela dá um benefício para a empresa que faça uma boa ação

O caso trazido a julgamento do STF, por meio da ADI 2.663, foi o da inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 11.743/2002 do Rio Grande do Sul, que autorizava empresas a financiarem bolsas para formação superior de professores, fixando, como contrapartida, que os beneficiários prestassem serviços de aperfeiçoamento e alfabetização a seus empregados. Porém, o financiamento era em 50% do valor total da bolsa, e se dava por meio de deduções do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Mesmo tendo também se posicionado nesse sentido o Ministro Marco Aurélio, ambos tiveram seus votos vencidos. Na ocasião em que a ADI, ora citada, declarou a inconstitucionalidade do benefício previsto na lei gaúcha.

Acerca deste argumento da generalização da redação original, se pronunciou em sentido contrário o Procurador Geral da República, ao afirmar que as situações elencadas nas impugnações não se tratam de exceção ao disposto na PSV, mas: “de concreção da própria teleologia das isenções, incentivos, redução de

alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensas de pagamento ou outros benefícios fiscais relativos ao ICMS” (JANOT, 2014)

Ainda acerca da situação descrita acima, o Procurador Geral afirma não ser interessante uma especificação e elenco dos casos que a Sumula Vinculante irá incidir. Pois tal elenco pode vir a ser além de desnecessário, insuficiente. Logo, a forma genérica como o texto foi escrito, não implica dizer que os benefícios já reconhecidos pela própria jurisprudência da Corte serão declarados inconstitucionais, e deverão ser submetidos a conselhos no CONFAZ. Sendo a redação genérica e abrangente mais propícia à uma regulação mais ajustada, não correndo o risco de não abarcar alguma situação, que de fato deveria ser abrangida, e abrindo a possibilidade de análise casuística dos casos de benefícios que a princípio não se enquadrem na prática da guerra fiscal.

Apresentam também, em suas alegações contrárias à proposta, como solução mais adequada do que a constante da PSV. A flexibilização do quorum para aprovação do convênio no âmbito do CONFAZ, aliada à criação de sanções específicas para os entes da federação e agentes públicos infratores das disposições da LC 24/75. Alegam ainda, que nenhum dispositivo constitucional exige quorum unânime, em varias situações referentes a temas até mais delicados. Argumento este também rechaçado pelo Procurador, Rodrigo Janot. O qual entende que a exigência de unanimidade dos estados na decisão pela concessão de benefícios fiscais, não ferem o princípio democrático nem da proporcionalidade. Uma vez que ele afirma que tal exigência, na verdade, assegura o pacto federativo e tem o condão de inibir a guerra fiscal entre os estados.

Nesse mesmo sentido, manifestou-se a Procuradoria Geral da República, acerca da ADPF 198:

A exigência de aprovação unânime dos benefícios referentes ao ICMS pelos representantes presentes às reuniões do Confaz, ao contrario do sustentado pelo argüente, não viola o princípio democrático, bem como não confere demasiado privilégio ao voto do ente que se opuser à proposição.

Na realidade, o que se busca com tal obrigação é garantir que todos os Estados, sejam mais ou menos desenvolvidos, tenham tratamento isonômico, assegurando-se que não sejam aprovados benefícios de interesse meramente regional, mas somente aqueles que reflitam o caráter nacional do ICMS. Pretende-se, desse modo, evitar concessão de benefícios unilaterais, revelando-se estes os principais mecanismos de instauração da já mencionada guerra fiscal. (SANTOS, 2010)

Ainda no âmbito das manifestações contrárias, são trazidos argumentos de cunho social, afim de fundamentar a improcedência da proposta de

súmula vinculante aqui comentada. Alegam que seriam sofridos pelos estados (em especial os menos desenvolvidos, que em suma são mais adeptos às práticas que caracterizam a guerra fiscal, tendo que recorrer a benefícios fiscais, uma vez que suas infra-estrutura e mão-de-obra especializada não são tão atrativas quanto os pólos industriais.), problemas como o desemprego, insolvência de empresas, aumento de violência e degradação dos serviços públicos mantidos pela arrecadação do ICMS, impedindo-os de realizar seus planos de atração de investimentos e melhoria da qualidade de vida de sua população.

Neste mesmo sentido tratou a Tese de nº 72, apresentada no XXXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado:

A despeito do entendimento fixado por este STF, a verdade é que incentivos estaduais para o desenvolvimento regional são práticas reiteradas de todos os Estados. Não há um único dos 26 Estados ou mesmo o Distrito Federal que não tenha concedido benefícios no âmbito do ICMS à margem da aprovação de convênios. Certo ou errado, isto é fato, como também é fato que boa parte do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades de industrialização se fizeram deste modo.

Também é fato que, não raro, o incentivo foi dado pela via contratual, havendo relevantes investimentos de indústrias dentro de uma lógica que só era sustentável com o uso do incentivo.

A necessidade de ponderar os reflexos efetivos de uma prática agora vista como inconstitucional, mas que perdurou por anos, foi reconhecida recentemente pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, após ter encerrado o julgamento de mérito da ADI 4029, com a proclamação do resultado, o Tribunal conheceu de questão de ordem formulada na sessão seguinte, para mudar o resultado do julgamento, exatamente por conta da inviabilidade de se declarar inconstitucional um número desconhecido de medidas provisórias, desencadeando reflexos jurídicos desconhecidos e imprevisíveis.

No presente caso, quantas empresas, quantos empregos serão destruídos por conta da lavratura de autos de infração, acrescidos de multas e juros, dos últimos cinco anos de imposto não recolhido por conta dos benefícios fiscais?

Qual será o abalo para a reputação do Brasil provocado pela inviabilização e o virtual confisco do capital do investidor estrangeiro em plantas industriais aqui no Brasil, por conta da mudança do que, quer se goste, quer não se goste, era a regra até então? A confiança no país poderá ser abalada, em associação às nacionalizações havidas em países vizinhos?

Certamente que estes são fatores de extrema gravidade, que merecem ser ponderados.

O Ministério Público Federal rebate este argumento alegando que tal posição trata os benefícios fiscais unilaterais como uma política de desenvolvimento,

ao dizer que sua declaração de inconstitucionalidade vai comprometer o desenvolvimento dos estados mais necessitados. Porém, é sabido que apenas a União pode estabelecer políticas que afetem a competitividade, em prol do desenvolvimento de regiões mais pobres do país, de acordo com o que se verifica no art. 151, I, da Constituição Federal.

4.4 Da modulação dos efeitos

A modulação dos efeitos no tempo, como já citada neste trabalho, daria o efeito *ex nunc* à inconstitucionalidade dos benefícios concedidos à revelia do Confaz. Ou seja, os benefícios fiscais que se encaixem nas características descritas na Súmula Vinculante cairiam, porém não seria dado efeito de inconstitucionalidade ao período anterior à decisão, que a empresa usufruiu do benefício supostamente legal.

Sendo negada a modulação dos efeitos, os benefícios seriam declarados inconstitucionais desde sua criação, gerando um débito imensurável do ICMS retroativo que a empresa beneficiada não recolheu durante o período que gozava do benefício. Logo, para que este débito seja ressarcido, o Ministério Público teria que entrar com ação de improbidade contra o gestor concedente do benefício, e em seguida execução fiscal contra as empresas.

Toda esta situação, por mais que seja, na teoria, a mais acertada, uma vez que o benefício fiscal, de fato, era ilegal. E que alguém teria que ser responsabilizado pelo rombo fiscal que tais incentivos causaram à receita do Estado e às conseqüências sofridas pela própria população, através do não investimento em educação, saúde e segurança, muitas vezes impossibilitado pela falta de recursos. Não seria sensato, haja vista o momento econômico que o país vem passando, criar uma situação de insegurança jurídica para as empresas. Em plena recessão do País, onde frequentemente se ouve de empresas fechando as portas, não vejo como a melhor solução para tal problema, criar um cenário de inviabilidade econômica para todas as empresas que usufruíram do benefício, levando em consideração o princípio da presunção de legalidade dos atos dos entes federados e seus governantes.

Devido a este possível efeito devastador que a PSV69 poderia causar aos Estados e empresas privadas. O STF tem aguardado uma solução política do Congresso, que pode vir através da Reforma do ICMS, que está em pauta desde o ano de 2013.

5 OUTRAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Tendo em vista o problema da Guerra fiscal e o tempo que tal prática vem perdurando, foram propostas muitas alternativas a fim de por um ponto final nesta guerra. A mais atual e plausível até o momento, inclusive que encontra-se na iminência de aprovação, é a Proposta de Súmula Vinculante nº 69. Neste tópico iremos tratar das demais soluções apresentadas por doutrinadores e chefes de Estado, ao longo dos anos, como a Reforma do ICMS, intentada por meio da Proposta de Resolução do Senado de nº 1/2013, com o objetivo de por fim aos benefícios objeto dos conflitos tratados neste trabalho e dar efetividade ao sistema tributário brasileiro.

5.1 Reforma do ICMS

A reforma tributária, pautada em nova regulamentação acerca do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, que já vem sendo discutida no Senado desde o ano de 2013. Através do Projeto de Resolução do Senado 1/2013, de autoria da Presidente da República, e relatoria do Senador Wellington Fagundes, é vista como alternativa política à Proposta de Súmula Vinculante 69. Uma vez demonstrados os danos que a PSV podem causar à economia do País, onde a solução de um problema, pode desencadear um problema e instabilidade econômica muito maior.

A Proposta de Resolução que trata da reforma do ICMS propõe em princípio, a redução e unificação da alíquota do ICMS interestadual para 4%, fortalecendo assim a tributação no destino das mercadorias. Diminuindo a tributação na origem, e tirando, assim, o poder de barganha dos estados sobre o ICMS.

Consta também da proposta, a realização de um Convênio no âmbito do Confaz, para discutir a regularização dos benefícios concedidos à revelia deste Conselho. Podendo regularizá-los ou não, e se regularizados, por tempo

determinado. Como bem explanou o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, Dyogo Oliveira, em apresentação da proposta aos secretários da Fazenda do Estado:

Primeiro seria preciso registrar todos os incentivos no Confaz. Os débitos teriam uma remissão e depois poderiam ser restabelecidos por um prazo limitado de tempo. No caso de empresas industriais, o período seria de quinze anos. Para portos e aeroportos, de oito anos, e para empresas comerciais, de três anos. (OLIVEIRA, 2016)

Este convênio inicialmente seria elaborado pela PLP 238/13 de relatoria do então deputado Eduardo Cunha. Que tratava da convalidação dos incentivos fiscais concedidos sem anuência do CONFAZ, além de prever formas de compensação das renúncias tributárias que tais benefícios causaram. Que também tratava do quorum para aprovação dos convênios acerca de benefícios fiscais.

Porém, este projeto de lei, ao ser transformado na Lei Complementar nº 148/2014, teve suas disposições acerca do Confaz e dos benefícios à margem deste, todos removidos. Restando apenas a parte que trata do refinanciamento das dívidas dos estados. Neste contexto, a PLP 238/13 virou um projeto autônomo (PLS 130/2014) apresentado e aprovado pelo Senado pela Senadora Lúcia Vânia. Onde resta remetido para análise da Câmara dos Deputados desde abril de 2015.

Além da realização do convênio para regularizar os benefícios prévios à reforma, a proposta prevê também mecanismos de sanção aos Estados que continuarem a conceder benefícios sem convênio prévio celebrado junto ao Confaz. De forma a inibir de uma vez por todas a prática de benefícios unilaterais que caracterizam a guerra fiscal. Uma vez que além do poder de barganha ser reduzido com a unificação e redução da alíquota interestadual, o Estado que conceder tais benefícios ilegais, ainda pode ser submetido a sérias sanções.

5.1.1 Da forma atual de tributação

Atualmente o ICMS interestadual tem alíquota variável, de acordo com a região da origem e destino da operação, de 7% e 12%. Se a operação se der da região Sul e Sudeste, para as regiões Centro-oeste, Norte, Nordeste e o Estado do Espírito Santo, a alíquota a ser usada é a de 7%. Sendo a operação em sentido contrário, utiliza-se a alíquota de 12%. Forma encontrada de diminuir a discrepância encontrada no País, de infra-estrutura e arrecadação, uma vez que o núcleo produtor do Brasil é claramente concentrado nas regiões Sul e Sudeste.

O estado origem tributará em cima da alíquota inter-estadual, ou seja 7% ou 12%, e o Estado destino tributará em cima do chamado DIFAL (Diferencial de alíquota) que se dá pela subtração da alíquota intra-estadual pela inter-estadual, no caso por exemplo, de uma alíquota intra-estadual de 18%, o Estado destino iria recolher 11% ou 6% dependendo de qual região originou a operação e de qual região ele se encontra.

Com a reforma do ICMS, a alíquota iria ser reduzida e unificada para 4%, redução esta que se daria gradativamente no período de 12 anos. Porém, estabelecerá alíquotas diferenciadas para Estados mais necessários, para assim continuar sua função de distribuição de renda. Como por exemplo, a alíquota para produtos industrializados e agropecuários, provenientes do Norte, Nordeste e Centro-Oeste permaneceriam com alíquota de 7%. Assim como a Zona Franca de Manaus, que permanecerá com alíquota de 12%.

5.1.2 Dos obstáculos

Muitos obstáculos foram apresentados, pelos Estados e seus representantes. Entre eles, foi argüida a necessidade de estabelecer as exceções à unificação da alíquota, pretendida com o Projeto. Como por exemplo, a Zona Franca de Manaus, e as vendas destinadas às regiões Nordeste, Norte, Centro-Oeste e o Espírito Santo. Acerca desta necessidade, o então Relator do PRS 1/13, Delcídio Amaral, apresentou em seu parecer submetido à CAE (Comissão de Assuntos Econômicos):

O substitutivo mantém um diferencial na alíquota das operações originadas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e o Estado do Espírito Santo e destinadas às regiões Sul e Sudeste, para mercadorias e bens produzidos em conformidade com processo produtivo básico (industrialização nas modalidades de transformação e montagem) e produtos agropecuários, fixando a alíquota de 7% para vigorar a partir de 1º de janeiro de 2018.

Nas operações realizadas entre os Estados que compõe cada região, as alíquotas serão reduzidas gradualmente de 11% em 2014 até 4% em 2021.

Com relação à Zona Franca de Manaus, o novo texto mantém a alíquota de 12% quando as operações não forem realizadas com área de livre comércio, pois nesse caso a alíquota seguirá o cronograma de unificação para alcançar 4% a partir de 2021. Quanto ao tratamento diferenciado para o gás natural, o texto adota a alíquota de 7% nas operações realizadas nas regiões Sul e Sudeste, exceto o Estado do Espírito Santo, destinadas às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, e mantém os 12% nas demais situações, conforme previsto no texto original. (AMARAL, 2013)

Foi levantada também a problemática da perda de arrecadação por parte de alguns Estados, que tinham grande volume de vendas interestaduais. Perda esta devida ao, já citado, fortalecimento da tributação no destino das mercadorias.

Para que sejam compensadas estas perdas na arrecadação relativas às mudanças decorrentes da reforma, a proposta prevê a criação de dois fundos: Fundo de Desenvolvimento Regional e Infra-estrutura (FDRI) e o Fundo de Auxílio Financeiro à Convergência de Alíquotas do ICMS (FAC-ICMS). Fundos estes que tinham sua criação prevista na Medida Provisória nº 683 de 2015. Porém esta medida provisória teve sua vigência encerrada no dia 10 de novembro do mesmo ano. Restando assim, a necessidade de que se institua os fundos para que a reforma proposta pela PRS 1/13 possa prosperar.

O FDRI seria usado para financiar políticas de desenvolvimento às áreas menos favorecidas. Haja vista que estas políticas, ainda que ilegais, são feitas hoje por meio dos benefícios fiscais unilaterais. Logo, com a extinção dessa prática, o Governo Federal há de prover uma alternativa ao financiamento de tais políticas.

Já o FAC, tem como objetivo, compensar os Estados que tinham sua arrecadação beneficiada pela tributação elevada na origem. Uma vez que a reforma desloca a ênfase para a tributação no destino. Logo, os Estados que tiverem perda efetiva de arrecadação do ICMS, relativa as mudanças ocorridas na sua regulamentação, devem receber auxílio financeiro proporcional à perda, devendo

submeter ao Ministério da Fazenda, o calculo da balança interestadual de operações e prestações.

Ficam excluídos dessa apuração os valores de:

- concessão de isenção e outros incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS;
- novas regras para incidência do ICMS em vendas por telefone ou internet;
- redução para 4% a tarifa de ICMS para importações em todos os estados, desde que os produtos não tenham sido submetidos a processo de industrialização (guerra dos portos);
- outras mudanças posteriores à aprovação do PRS 1/13. (MPV 683/2015, art. 16, §2º)

A criação de ambos os fundos está proposta na MPV 683/2015. Porém, está condicionada à instituição e arrecadação de uma multa, prevista na PLS 298/2015. Esta Proposta de Lei do Senado, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, tem como tema a repatriação dos ativos mantidos fora do Brasil. Na proposta, os Brasileiros aqui residentes, que mantivessem ativos e bens no exterior, de proveniência comprovadamente lícita, sem declaração junto à Receita Federal, teriam a chance de repatriá-los, sem responder pelos crimes que esta prática caracteriza, como o crime de evasão de divisas e omissão de informações ao Fisco.

Para isso o contribuinte apenas teria que declarar o patrimônio, recolhendo os 17,5% do imposto de renda, acrescido de multa de mesmo percentual, totalizando um encargo de 35% sobre o valor repatriado. Em valores, especialistas estimam um acréscimo na arrecadação que pode chegar à casa dos R\$ 100 Bilhões. Onde metade desse valor arrecadado, iria para o financiamento destes dois fundos citados acima.

O Senador Cássio Cunha Lima criticou o projeto, indicando como problema a origem dos recursos que financiariam o fundo:

A regularização, mediante tributação, de contas bancárias não declaradas no exterior. Para o senador, além de criar uma “lavanderia internacional”, a medida é provisória e aposta em recursos finitos. Assim, a compensação aos estados jamais seria completa. (Disponível em <http://www12.senado.leg.br>)

De fato, por mais que os ativos que se encontram sem declaração no exterior somem um montante imensurável, eles uma hora irão esgotar. Para isso o Governo deveria prever de agora, uma forma alternativa de financiar tais fundos,

uma vez que a reforma perduraria por cerca de 10 anos, devido à redução gradativa das alíquotas interestaduais. Logo, se acaba a fonte que financiava os fundos de compensação, o caos econômico causado pelos rombos nos orçamentos dos Estados que tinham sua arrecadação predominantemente sobre as vendas interestaduais.

Quanto à questão “lavanderia internacional”, não se vê dessa forma, uma vez que a PLS que prevê essa repatriação de patrimônio situado no exterior, deixa clara a exigência de comprovação de que o patrimônio é proveniente de atividade lícita. E sendo proveniente de uma atividade lícita, não teria problema em declarar, logo, não há que se falar em lavagem de dinheiro.

No Seminário: Federação e Guerra Fiscal, promovido pela FGV no ano de 2011, onde muitos doutrinadores e chefes de Estado se pronunciaram a respeito da guerra fiscal e suas possíveis soluções. Na ocasião, os doutrinadores que se posicionavam a favor de uma reforma, asseguravam que esta reforma teria que ocorrer no âmbito do sistema tributário como um todo:

O problema jurídico no âmbito do ICMS e demais impostos não está restrito às suas legislações específicas, mas é um conflito em toda a estrutura do Direito Tributário brasileiro, devendo assim ele ser alterado completamente, de uma vez só. Nessa linha, temos o exMinistro da Fazenda Guido Mantega como um dos defensores (SEMINÁRIO FEDERAÇÃO E GUERRA FISCAL, 2011, p. 19).

Ainda neste seminário, foi ressaltado pelo professor Carlos Ivan Simonsen, que o Brasil tem estrutura fiscal típica de país subdesenvolvido. Fundamentando sua afirmação, na dependência excessiva de impostos indiretos. Onde ele encarou esta dependência como uma forma extremamente rápida de arrecadar recursos, porém que traz consigo algumas distorções, como, por exemplo, a tributação excessiva dos pobres. Excesso este devido ao tributo que leva em consideração a renda do contribuinte, ser de relevância bem menor que os demais.

Então, encara-se estas medidas como aplicáveis e necessárias, uma vez que, é clara a complexidade do tributo em comento. Além de que, esta receita obtida com a repatriação do patrimônio encontrado no exterior, por mais que seja criticado, por ser uma forma de aliviar as sanções para quem comete o crime de evasão fiscal. Essa receita, estaria praticamente perdida. Pois, ela nunca seria

tributada, se já não foi declarada na sua origem, o contribuinte nunca iria decidir declarar a mesma sem que houvesse um incentivo como este.

5.2 Unificação do ICMS e IPI

A unificação dos impostos sobre circulação de mercadorias e serviços e do imposto sobre produtos industrializado, formando um só imposto de competência federal, é defendida por doutrinadores, entre eles Gandra e Carvalho. Segundo estes, o imposto unificado se assemelharia ao IVA (Imposto sobre Valor Agregado) existente na legislação tributária de muitos dos países de economia desenvolvida.

Este imposto unificado seria arrecadado pela União, e o produto de sua arrecadação seria distribuído pelos estados de forma proporcional às suas necessidades sócio-econômicas. Esta medida, além de por fim à dita guerra fiscal, acabaria de uma vez por todas com a polêmica acerca da violação do princípio da não-cumulatividade. Unificação esta muito defendida pela União, claro, dada a vultosa parte da arrecadação tributária nacional que o ICMS representa. E o enorme poder que seria concentrado nas mãos dela sobre os Estados

Os primeiros obstáculos a esta unificação aparecem quando se atenta para as diferentes características apresentadas por cada um dos dois impostos, como por exemplo, a seletividade do IPI de acordo com a essencialidade do produto. Seletividade esta que no ICMS não se aplica.

Contrário a unificação, Fernando Rezende afirma que o próprio ICMS já é o produto da unificação de outros impostos ao IVC. Que na reforma de 1988, no âmbito da nova Constituição Federal, teve o intuito de sustentar os Estados em sua totalidade, objetivo este que não foi alcançado. Acerca desta posição, pontua também CARRAZA (2015, p. 20) que o ICMS é um “Imposto recortado”, uma vez que abarca cinco impostos diferentes:

- a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), que compreende o que nasce da entrada, na Unidade Federada, de mercadorias ou bens importados do exterior;
- b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal;
- c) o imposto sobre serviços de comunicação;
- d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição e consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de

energia elétrica; e
e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição e consumo de minerais (CARRAZA, 2015, p. 16)

Como já dito, esta unificação de impostos e de competência, nas mãos da União, tiraria totalmente a autonomia dos Estados. Ficando estes inteiramente dependentes dos repasses federais. Ficando praticamente toda obra ou ação que demande qualquer dispêndio, a mercê de autorização da União. Que como pontua Gilmar Mendes, esta dependência financeira dos Estados em relação à União, causa uma dependência política, que por sua vez, colabora com a construção de uma homogeneidade política baseada nos interesses do poder central. Forma de política esta totalmente anti-democrática.

Alega ainda doutrinadores, como Rinaldo Maciel Freitas, que a unificação do ICMS ao IPI num imposto único e federal como o IVA, seja um retrocesso, uma vez que já foi utilizado pelo sistema tributário brasileiro, imposto semelhante, que foi o IVC. O qual era a junção de ICM e IPI, diferenciando do IVA apenas por não abarcar as os serviços de transporte e a comunicação. (OLIVEIRA, 2016)

Logo, por mais que, de fato, seja uma medida eficaz no combate à guerra fiscal. Não encontra-se nesta unificação uma solução que seja benéfica ao desenvolvimento das regiões e Estados, uma vez que, mesmo a União (que seria a mais indicada para efetuar a divisão da arrecadação entre os Estados) tendo o poder de dividir da forma mais proporcionalmente isonômica a receita referente a tal imposto. A extinção da autonomia política e financeira dos Estados seria muito maléfica ao desenvolvimento nacional, pois teríamos praticamente um governo central, e vários entes diretamente submetidos aos interesses do grupo que estivesse no poder da chefia executiva da nação. Desta forma, acabando com o resto de democracia que ainda sobrou no sistema político brasileiro.

5.3 Das políticas federais de desenvolvimento regional

Outra forma de solução defendida por alguns Ministros e doutrinadores, seria tratar a raiz do problema, não a consequência. Ou seja, como já foi dito em capítulo prévio, o principal fator que leva os Estados a concederem benefícios fiscais, é a falta de políticas públicas de desenvolvimento regional. Ou seja, se o poder central, da União, não cumpre seu papel de intervir nas relações econômicas, políticas e sociais, para que as regiões menos desenvolvidas consigam fatia do mercado e do setor produtivo nacional. O que resta a eles, é a concessão de benefícios fiscais à revelia do Confaz, usando tais benefícios como uma forma de auto-tutela, em face da inércia da União.

A corrente que defende a efetivação destas políticas de desenvolvimento regional visa o objetivo de, tornar o poder central tão atuante nesta problemática, a ponto de as práticas caracterizadas como guerra fiscal virem a se tornar desnecessárias, uma vez que a União está cumprindo com seu papel no tocante ao desenvolvimento de áreas menos favorecidas.

Fernando Rezende, em sua participação no SEMINÁRIO: FEDERAÇÃO E GUERRA FISCAL, no ano de 2011, pontuou que esta estratégia foi usada no Brasil nas décadas de 60 a 90. Onde foi verificado um resultado muito positivo, em relação ao problema das desigualdades regionais. Tendo sido em meio a tais estratégias de dinâmica regional, que houve o nascimento da Zona Franca de Manaus, que propiciou um desenvolvimento industrial, chave para o crescimento da região Norte. Além da Industrialização e desenvolvimento do agronegócio no Centro-Oeste, que foi impulsionada pela criação de Brasília.

Única região que não foi beneficiada pelas políticas e estratégias, foi o Nordeste. Que segundo estudos, nas 5 décadas de 1960 até 2010 a diferença entre as regiões Sudeste e Nordeste permaneceram inalteradas, assim como sua participação no PIB nacional. Por este motivo, se fez valer dos benefícios unilaterais para conseguir por conta própria, investimentos privados em seu território. Como aponta estudo do BNDES, trazido por Rinaldo Maciel Freitas(2013), que: “A guerra fiscal, aliada a boa infra-estrutura portuária e mão de obra abundante e vasto litoral próximo aos EUA e União Européia, gerou o deslocamento de empresas, em especial do ramo calçadista para Bahia e Ceará”. (OLIVEIRA, 2016)

Então, por mais que este seja, de fato, o caminho. E o que já deveria acontecer a muito tempo, a efetividade do poder central acerca do tema das desigualdades regionais, usando de todos os seus meios para atingir o objetivo de anular esta discrepância. Este no entanto, no tocante à guerra fiscal, não é uma medida de emergência. Sim uma medida a longo prazo, que tem que ser tomada em concomitância com outras medidas mais imediatas. Que venham disciplinar o problema atual, para apaziguar a guerra, e só então a União encontrar um terreno próspero às políticas desenvolvimentistas.

5.4 Do replanejamento da distribuição dos recursos federais

Outra forma proposta por estudiosos e chefes de Estado, para por fim na guerra fiscal, seria o replanejamento da distribuição do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). Com a mesma finalidade do tópico anterior, a redução das desigualdades entre os Estados. Pretendem executar um melhor planejamento da distribuição, para que ocorra a proporcionalidade de acordo com as necessidades de cada ente.

Fundos estes criados na Reforma de 1960, onde, segundo Fernando Rezende, deram resultados frutíferos no desenvolvimento dos Estados:

Na reforma conduzida em meados dos anos 1960, o equilíbrio foi alcançado mediante uma combinação adequada de quatro elementos: uma nova repartição das competências tributária, com a ampliação dos poderes de estados e municípios para instituir e arrecadar impostos; a criação de um moderno regime de transferência de recursos arrecadados pelo governo federal a estados e municípios para compensar a concentração espacial das bases tributárias, consubstanciado nos fundos de participação - o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM) - a partilha de impostos vinculados a investimentos na infra-estrutura econômica; e a instituição de uma efetiva política de desenvolvimento regional comandada pelo governo federal. De acordo com as estatísticas disponíveis, esta solução teria contribuído para uma significativa redução das disparidades de renda entre as regiões brasileiras até o final dos anos 1980. (REZENDE, 2011)

Estes Fundos, segundo Tião Viana, representam apenas 3% da arrecadação total da União. Onde nem estes 3% são repassados em sua totalidade. Logo, o primeiro problema encontrado na situação atual dessa distribuição de recursos, se encontra no fato de que este percentual não seria suficiente para

manter uma política de redução de desigualdades, haja vista a proporção continental do nosso país, e seus 26 Estados, mais Distrito Federal.

O segundo problema encontrado é pontuado por Blairo Maggi, no Seminário de 2011, por varias vezes já citado neste trabalho. Onde ele informa que o Estado da Bahia, sozinho, recebeu mais recursos que a região do Centro-Oeste inteira, região composta por 5 Estados. Logo, além de aumentar o percentual da arrecadação que se destina aos fundos, estes recursos que integram o fundo tem que ser melhor distribuídos. Necessária também, se faz a transparência desta distribuição, para que não ocorra de forma arbitraria a bel prazer dos interesses do governo central, e sim para o seu real objetivo, qual seja, a diminuição das desigualdades.

Logo, para que este replanejamento aconteça, a União terá que estabelecer regras que definam os critérios de distribuição. Para que não seja uma distribuição arbitraria e confusa, onde os Estados não saibam o porquê de receberem menos do que outros Estados que não necessariamente sejam menos desenvolvidos.

As críticas feitas a esta solução se baseiam, principalmente, no fato de que o aumento dos repasses federais e a transparência dos critérios de repasse podem ter efeito desestimulante à arrecadação de tributos dos Estados mais desenvolvidos. Uma vez que estes, sabendo até que limite vão se beneficiar neste repasse, e o remanescente de sua arrecadação irá para outros Estados menos desenvolvidos. A partir do momento que a arrecadação ultrapassa este limite, acaba o interesse do Estado em arrecadar tributos. (OLIVEIRA, 2016)

Resta claro que, o que perdura como principal impasse para o sucesso de nosso sistema tributário, assim como de toda república, é a falta de um senso de cooperação. É pôr em prática os princípios que regem nosso federalismo cooperativo.

6 Considerações finais

Superadas as formas de solução apresentadas pela doutrina, pelo judiciário, legislativo e executivo. Judiciário, a partir das posições que o STF vem tomando, legislativo, pelas propostas do Senado Federal, e executivo, pelas posições dos chefes de Estado, diretamente interessados neste tema. Neste momento final, pretende-se extrair o que se viu de interessante para o bem da coletividade e prosperidade da Federação, de cada uma das propostas de solução. Uma vez que, por mais que o objetivo final seja o mesmo, de por fim à guerra fiscal, cada uma delas pode conter vícios relativos a interesses inerentes de cada poder.

Então, a conclusão que se chega após adentrar ao problema, desde suas raízes históricas, até as atuais posições da Suprema Corte, e as propostas em tramitação. É a de que, como foi dito no capítulo anterior e muitas vezes reforçado ao longo do trabalho, o principal problema causador e incentivador da guerra fiscal, não é uma legislação falha, não é uma falta de fiscalização, mas sim uma falta de senso de cooperação. O País, apesar de seguir um modelo de federalismo cooperativo, instituído pela constituição de 1988. O que se vê na prática é cada ente federado querendo tirar a maior vantagem possível. Comportamento este que se encontra também na nossa sociedade, onde o egoísmo reina.

Logo, por mais que a Proposta de Súmula Vinculante seja editada, e todos os benefícios concedidos até hoje caiam. Se não conseguir uma mudança efetiva nessa falta de senso de cooperação, sem dúvida, logo os Estados encontrarão uma nova forma de tirar vantagens no mercado nacional, e de atrair investimentos para seu território.

Porém, sabendo que este comportamento egoísta é tão enraizado na nossa sociedade. Que às vezes se pratica sem ao menos se dar conta que aquilo poderá ser danoso a alguém. Sabendo a possibilidade distante e praticamente remota desta mudança de comportamento. O que se enxerga como melhor solução de imediato, seria a aprovação da Proposta de Súmula Vinculante nº 69. Porém, como já foi dito neste trabalho, não se faz sensata, a declaração de inconstitucionalidade dos benefícios com efeitos retroativos. Uma vez que isto, sem duvida, causaria um caos no cenário econômico Brasileiro, inviabilizando o funcionamento de um número enorme de empresas.

Tomada a medida imediata, da PSV69, aí sim analisar a proposta de reforma do ICMS. Que a princípio apresenta-se como uma necessidade, haja vista a complexidade do ICMS, abrindo margens a praticas como a discutida no presente trabalho. Como previsto na reforma do ICMS, faz-se necessário também, a análise casuística, pelo próprio CONFAZ, dos benefícios já concedidos. Para só então decidir pela convalidação ou cancelamento dos mesmos.

Outro problema que necessita ser sanado, para que as soluções aqui apresentadas tenham eficácia. Além do senso de cooperação dos Entes federados, é a necessidade da União efetivamente atuar no âmbito das políticas de desenvolvimento regional. Uma vez que, tendo uma visão geral da situação, não deveria ter interesses pontuais próprios, e sim o da prosperidade unificada do País, sendo a mais apta à persecução deste desenvolvimento. Seja pela concessão de incentivos, ou pela execução de obras de infra-estrutura, ou repasse maior de verbas para um maior investimento em educação, segurança e saúde.

Uma vez que as críticas à guerra fiscal, se baseiam no sentido de os incentivos desordenados causarem um vazamento na receita Estadual. Receita esta que seria usada em investimentos às necessidades básicas da sociedade. Causando, como foi dito na introdução, um dano à coletividade como um todo, não apenas aos Estados perdedores das disputas, ou ao pacto federativo. Como bem pontua a carta aberta à Ministra Carmen Lúcia: “Estamos diante de uma Guerra Fiscal que, ao contrário das guerras tradicionais, faz seus mortos em silêncio, nos corredores de hospitais e nas ruas sem segurança”. Porém, não adianta fechar este vazamento, e a receita recuperada não tenha seu devido fim.

Então, conclui-se que o sistema como um todo necessita de mudanças, e por mais que, de alguma forma, tenha sido benéfico para determinada região, os benefícios unilaterais, não são nem de longe a melhor forma de alcançar este desenvolvimento. Necessitando que nosso Poder Judiciário, mobilize-se para determinar uma solução imediata. E que todos os poderes, assim como a própria sociedade, cada um fazendo sua parte, mobilize-se para a construção desta cooperação que nossa constituição prevê, e que pouco se vê no dia-a-dia.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- CALCIOLARI, Ricardo Pires. **Aspectos jurídicos da guerra fiscal no Brasil**. Cadernos de Finanças Públicas, num. 7, dez. 2006
- CAMARGO, G. B. de. **A guerra fiscal e seus efeitos : autonomia x centralização**. In: CONTI, J. M. Federalismo fiscal. Barueri : Manole, 2004. P. 217
- CARRAZZA, R. A. **ICMS. 9. ed.** São Paulo : Malheiros, 2003.
- CAVALCANTI, C.E.G., PRADO, S. **Aspectos da guerra fiscal no Brasil**. Brasília : IPEA/ São Paulo : FUNDAP, 1998
- CORREIA, Supremo **confirma tendência à modulação de efeitos na guerra fiscal**, 2017. disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-mar-18/observatorio-constitucional-supremo-confirma-tendencia-modulacao-efeitos-guerra-fiscal>. Acesso em 6 abr. 2017
- FERNANDES, Andre, WANDERLEI, Nélio. **A questão da guerra fiscal: uma breve resenha**. **Revista de informação legislativa** : v. 37, n. 148 (out./dez. 2000)
- HASSE, Geraldo, BONES, Elmar. **Caso Ford: maior batalha de uma guerra que não findou**. Mai de 2011. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/caso-ford-maior-batalha-de-uma-guerra-que-nao-findou/>. Acesso em: 7 abr. 2017
- JANOT, Rodrigo. **Parecer Procuradoria Geral da República: PSV 69**. Brasília, 2014.
- MDIC - Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio. Ações Setoriais para o Aumento da Competitividade da Indústria Brasileira**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br>. Acesso em 2 abr. 2017.
- OLIVEIRA, Palloma Albuquerque. Possíveis soluções para a guerra fiscal do ICMS. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4842, 3 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52249>. Acesso em: 5 abr. 2017
- PIANCASTELLI, Marcelo, PEROBELLI, Fernando. **ICMS: evolução recente e guerra fiscal**. Brasília : IPEA, fev. 1996.
- RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Columbia University Press, 1993.
- SEFAZ-RJ, **Carta aberta à Ministra Carmen Lúcia**, 2017. Disponível em: <http://www.srzd.com/wp-content/uploads/2017/01/CARTA-ABERTA-A-MINISTRA-CARMEN-LUCIA-2.pdf?x75745>. Acesso em: 28 mar. 2017
- VARSANO, Ricardo. **A guerra fiscal do ICMS: quem ganha e quem perde**. Rio de Janeiro : IPEA, jul. 1997