

INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS: NÃO MAIS O "MAIS DO MESMO"!

Por Lucas Bevilacqua

Já há algum tempo o assunto tornou-se clichê! De advogados, políticos, Fiscos, contribuintes e até trabalhadores todos tem seu comentário. Entre manifestações individuais e coletivas alguns posicionam-se a favor sob o mote do desenvolvimento, enquanto, outros radicalmente contra sob o argumento de renúncia de receita.

Sem qualquer pretensão de polemizar ainda mais a controvérsia, mesmo porque já algum tempo publicizada e publicada opinião particular sobre o assunto¹ é necessário atentar-se para uma perspectiva de segurança jurídica na tributação na qual o Poder Público desempenha um mister relevantíssimo no Estado de direito prescrito na Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil. Um Estado de direito é muito mais que um Estado onde a imposição e a desoneração tributária são instituídas mediante lei, na medida em que demanda-se ainda observância da estabilidade das relações estabelecidas no âmbito privado e, sobretudo, público nas quais o Estado têm o dever de assegurá-las seja em atuação do Estado-legislador, seja em manifestação do Estado-juiz em *ultima ratio*.

Ao legislador incumbe tipicamente o papel de legislar que na forma federativa de Estado, onde presente interesses nacionais, regionais e locais, adquire um colorido especial a conciliação dos interesses dos diferentes entes federativos; a exemplo das atribuições do Senado Federal na fixação de alíquotas de ICMS (art.155, §2º, VIII) e o papel da Lei Complementar (LC) para evitar conflitos de competências (art.146, I) e dispor sobre a concessão de incentivos fiscais (art.155, §2º, XII, g).

É justamente por ignorar o prescrito na LC 24/75, que demanda autorização unânime do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) para concessão de incentivos fiscais de ICMS, que os programas estaduais são reiteradamente declarados inconstitucionais pelo STF em jurisprudência consolidada já há algumas décadas.

Há algum tempo já deveria ter-se mudado "o disco de lado" e pôr termo ao "blá-blá-blá" na medida em que o foro para discussão da matéria há muito deixara de ser o STF sendo mister constitucional do Congresso promover um re-arranjo do ICMS na federação,

¹ BEVILACQUA, Lucas. *Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional*. São Paulo: Quartier latin/IBDT, 2013.

inclusive, com um modelo de transição aos incentivos fiscais já concedidos.

A iminência de aprovação da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) n.69, sob relatoria Min.Gilmar Mendes, impulsionou a concepção do PLP n.54/2015, de iniciativa Sen. Lúcia Vânia, já aprovado no Senado Federal (SF) e ora em discussão na Câmara dos Deputados (CD) em regime de urgência.

Foi justamente a partir da compreensão do papel do legislativo, aliado à fortes razões de segurança jurídica e equilíbrio federativo, que o Plenário do STF se posicionou pelo sobrestamento do julgamento da ADI n.2441/SP, ajuizada em face dos programas goianos FOMENTAR e PRODUZIR, até a aprovação do PLP54 pela CD.

O concerto orquestrado pelos Governadores Marconi Perillo (GO) e Geraldo Alkimn (SP), sob orientação de seus respectivos Procuradores Gerais e apoio técnico da Secretaria da Fazenda e Casa Civil, com intensa agenda de reuniões com Ministros e parlamentares, teve repercussão em doutrina especializada merecendo, inclusive, transcrição de trecho dos memoriais entregues pelo Governador de Goiás com pedido de sobrestamento: "...sob o risco de se inaugurar um desequilíbrio na Federação e, o que é mais grave, no mercado interno ante a vantagem competitiva que os demais Estados passarão a usufruir causando, assim, distorções nos preços aos consumidores de diferentes estados ante ao fenômeno da repercussão econômica do tributo"².

A estratégia processual concebida pelo Estado de Goiás anos atrás repercutiu não só na doutrina, mas, também no próprio STF que semanas depois conferiu igual solução à ADI n.5244/DF ajuizada em face do Programa de Desenvolvimento do Estado do Pernambuco (PRODEPE).

Não casualmente que os feitos pautados envolvem os principais atores da competição tributária na federação brasileira. O STF transmitiu mensagem muito clara aos Estados e Congresso Nacional para que coloquem termo às disputas federativas que na conjuntura atual transformou-se em um jogo "soma-zero" no qual ninguém ganha e todos perdem. Nesse cenário é fundamental que o discurso avance além da cláusula da unanimidade de modo que não discutamos no Congresso Nacional "o mais do mesmo".

De todo esse imbróglio federativo já desprendem-se algumas lições não só de Organização do Estado e Separação dos Poderes, mas, também, institucionais. A

² LEAL, Saul Tourinho. *Novas nuances da guerra fiscal a luz do STF*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-15/saul-tourinho-leal-novas-nuances-guerra-fiscal-luz-stf>. Acesso em 29 de março de 2017.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Supremo confirma tendência de modulação dos efeitos na guerra fiscal. *Observatório Constitucional*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-18/observatorio-constitucional-supremo-confirma-tendencia-modulacao-efeitos-guerra-fiscal>. Acesso em 21 de março de 2017.

primeira delas é que o STF, muito embora Tribunal da Federação, não se revela o foro mais apropriado para resolução de conflitos federativos na medida em que a decisão a ser proferida sempre terá um caráter binário não sendo apta para pacificar a pretensão resistida entre os entes federativos vez que não disporá de outros elementos compensatórios próprios da constante busca de equilíbrio federativo daí o acerto no sobrestamento dos julgamentos até aprovação do PLP pela CD.

O diálogo entre STF e Congresso Nacional em matérias federativas não é inédito considerando que em outros recentes julgamentos o STF condicionou o efeito de suas decisões ao cumprimento de um mister do CN a exemplo do ocorrido nas discussões do Fundo de Participação dos Estados (FPE) ante a declaração de inconstitucionalidade da LC62 (ADI 875), (re)negociação da Dívida Pública dos Estados (PLP257/2016 e PLP343/2017) e, por último, omissão quanto ressarcimento dos Estados pela desoneração das exportações da Lei Kandir no julgamento da ADO 25 (PLP188/2017).

Outro importante ensinamento trazido pelas discussões indicadas é institucional e respeita às próprias funções dos Procuradores de Estado que estão muito além da consultoria jurídica e representação judicial do Estado perante o Poder Judiciário, nos termos do art.132 da Constituição.

Por certo que a formação recebida em nossas graduações e o conteúdo demandado no concurso de ingresso circunscrevem-se às funções típicas, no entanto, a complexidade das discussões circundantes em cada um desses projetos de lei, conforme muito bem posto por Luciano Fuck e José Roberto Affonso³, demanda aplicação de institutos da Macroeconomia, Finanças Públicas e Relações Governamentais que Procuradores do Estado não só podem, mas devem assimilar para o exercício mais completo de suas funções, ainda que atípicas, sob o risco de continuarmos falando e fazendo "o mais do mesmo".

Lucas Bevilacqua. *Mestre e Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP) com formação complementar em Comércio Internacional (Mission of Brazil to the World Trade Organization-WTO). Procurador do Estado de Goiás à disposição da Governadoria no Gabinete de Representação em Brasília. Conselheiro do CARF/MF.*