

**A LEI COMPLEMENTAR Nº 160 E SEUS REFLEXOS NAS
ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS ESTADUAIS. SERÁ
MESMO O FIM DA GUERRA FISCAL?**

*Oswaldo Santos de Carvalho*¹

*Luis Fernando dos Santos Martinelli*²

I – Breves linhas introdutórias do tema

No último dia 08 de agosto foi publicada a Lei Complementar nº 160/17, que trouxe regras para a remissão e a posterior reinstituição dos créditos tributários de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS decorrentes de isenções, incentivos e benefícios fiscais concedidos em desacordo com o disposto na Constituição Federal.

Em outras palavras, a LC nº 160/17 trouxe as regras para a convalidação dos benefícios fiscais irregulares, concedidos

1. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito e Contabilidade. Professor dos cursos de Especialização do IBET e da COGEAE-PUC. Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo.

2. Bacharel em direito e em Administração de Empresas. Agente Fiscal de Rendas, Consultor Tributário da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e representante do Estado na Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE/CONFAZ.

pelas unidades federadas em desacordo com as regras exigidas pela Carta Magna.

Com efeito, a concessão de benefícios do ICMS deve observar regramento específico, previsto no artigo 155, XII, alínea 'g' da Constituição Federal e que é regulamentada pela Lei Complementar nº 24/75, exigindo-se que o pleito da unidade federada requerente seja acolhido por todas as demais unidades federadas, e que se traduz em convênios aprovados pelo órgão deliberativo próprio, o Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz.

Ocorre que, principalmente ao longo das últimas duas décadas, as unidades federadas, no afã de atrair empresas e investimentos, concederam, sem a chancela do Confaz, diversos benefícios fiscais fazendo com que a tributação do ICMS incidente sobre as operações realizadas pelos contribuintes beneficiados pelos incentivos irregulares fosse extremamente minorada ou até mesmo por vezes inexistente.

Essa forma de concessão de benefícios ficou conhecida popularmente pelo termo “guerra fiscal”, a qual foi se acentuando cada vez mais, de forma que hoje não exista uma unidade federada que não tenha algum benefício fiscal concedido de forma unilateral.

Nesse ponto, cumpre observar que outro efeito da guerra fiscal é que, aliado ao não pagamento de imposto na unidade federada concedente, pela característica de não cumulatividade do ICMS, onde o contribuinte, *“compensa o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado”*³, também há prejuízo de arrecadação à unidade federada de destino da mercadoria em uma operação interestadual.

3. Artigo 155, § 2º, I da Constituição Federal.

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Isso ocorre porque o comprador se credita do imposto destacado no documento fiscal do vendedor, imposto este que é destacado, mas de fato não é cobrado pela unidade federada concedente do benefício irregular.

Com efeito, em um exemplo hipotético, um documento fiscal que traga como destaque de imposto o percentual de 12% (doze por cento) mas cuja cobrança efetiva pela unidade federada de origem seja de apenas 3% (três por cento) tem um duplo efeito perverso no tocante à arrecadação tributária dos Estados. O efeito na unidade federada concedente é claro e se traduz na renúncia de 9% (nove por cento) à receita originária de 12% (doze por cento) do valor da operação, ou em outras palavras, percentual equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do imposto que lhe seria devido caso não houvesse o benefício irregular.

O outro efeito é sentido na unidade federada de destino, a qual nada teve a ver com a concessão do benefício irregular, mas que acaba por arcar com o crédito destacado e não cobrado na unidade federada de origem, fazendo com que ela acabe por financiar o empreendimento na unidade federada concedente.

Assim, como consequências diretas da guerra fiscal, há muitas Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando as normas de concessão dos benefícios fiscais e também créditos tributários constituídos em virtude da glosa dos créditos destacados e não cobrados nos contribuintes destinatários, crédito este cobrado com amparo no artigo 8º da LC nº 24/75⁴.

É nesse contexto de aprofundamento da guerra fiscal e da insegurança jurídica decorrente dela que se insere a aprovação da LC nº 160/17. Com o intuito de pôr fim à guerra fiscal

4. Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

e dar segurança jurídica aos contribuintes, ela trouxe todo regramento excepcional da forma que os créditos tributários de ICMS, constituídos ou não, em virtude dos já citados benefícios irregulares, sejam remetidos.

Mais do que isso, ela trouxe ainda regramento da forma que as normas estaduais que nasceram de maneira irregular sejam reinstituídas e gerem efeitos por prazos diferenciados conforme a natureza do benefício concedido.

Para tanto, a LC nº 160/17 determinou que o Confaz, dentro do prazo de até 180 dias contados da data de sua publicação, deverá aprovar convênio remetindo os créditos tributários, reinstituindo os benefícios fiscais e disciplinando as demais regras contidas na Lei Complementar.

Referido convênio terá quórum diferenciado daquele previsto na LC nº 24/75, necessitando, para sua aprovação da concordância de apenas 2/3 (dois terços) de todas as unidades federadas, observado também o quórum regional de no mínimo 1/3 (um terço) das unidades federadas integrantes de cada uma das 5 (cinco) regiões do País.

Isso significa que das 27 (vinte e sete) unidades federadas, 18 (dezoito) precisam dar seu voto favorável ao convênio e, ainda, ser observado o quórum regional. No Sudeste, por exemplo, esse quórum é atingido com o voto favorável de 2 (duas) unidades federadas.

II – Aspectos gerais da Lei Complementar nº 160/17

Pois bem. Na data em que este artigo é escrito, ainda não foi aprovado o convênio a que se refere à Lei Complementar. Dessa forma, alguns conceitos utilizados na Lei Complementar e que aparentemente precisam de complementação para ter sua interpretação melhor compreendida poderão ser esclarecidos quando da publicação do convênio.

Ainda assim, da leitura da LC nº 160/17 já se podem extrair algumas conclusões que levarão a questionarmos, ao

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

final do artigo, se é mesmo o fim da guerra fiscal ou então se na verdade, estar-se há diante de um novo capítulo dela.

Inicialmente é importante destacar que entendemos que efetivamente a regulamentação já deveria ter saído há tempos, trazendo, junto com ela, a necessária segurança jurídica aos contribuintes.

Não é demais lembrar que desde setembro de 2012 já havia proposta de súmula vinculante pendente de apreciação no Supremo Tribunal Federal, a proposta de súmula vinculante nº 69, a qual foi proposta com o seguinte teor:

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

Além disso, em março de 2014, o Confaz aprovou o Convênio ICMS nº 70, o qual trazia as regras que deveriam ser observadas para a celebração de convênio que tratasse da concessão de remissão e anistia dos créditos tributários concedidos de forma irregular, além de tratar também de sua reinstituição.

À época, 21 (vinte e uma) unidades federadas assinaram o convênio, e muitas das regras e critérios adotados pela LC nº 160/17 foram trazidos do texto de aludido convênio. Porém, como algumas das condicionantes e alterações propostas pelo Convênio ICMS nº 70/14 ficaram fora do texto final aprovado pela LC nº 160/17, entendemos que alguns mecanismos e regramentos que seriam pertinentes e válidos no texto daquele Convênio, causarão distorção maior quando da aplicação efetiva da LC nº 160/17.

De toda maneira, antes de analisarmos os efeitos e tecermos algumas críticas à LC nº 160/17, cabe fazer uma descrição sucinta de suas regras principais.

Além de prever a remissão dos créditos tributários constituídos ou não, a Lei Complementar previu a reinstituição dos

atos normativos e concessivos por períodos que variam entre 1 a 15 anos, dependendo da natureza do benefício concedido.

Tal regra, originária do Convênio ICMS nº 70/14, possibilita a continuidade dos benefícios pelos seguintes prazos:

(i) 15 (quinze) anos aos benefícios destinados ao fomento das atividades agropecuária e industrial, inclusive agroindustrial, e ao investimento em infraestrutura rodoviária, aquaviária, ferroviária, portuária, aeroportuária e de transporte urbano;

(ii) 8 (oito) anos aos benefícios destinados à manutenção ou ao incremento das atividades portuária e aeroportuária vinculadas ao comércio internacional, incluída a operação subsequente à da importação, praticada pelo contribuinte importador;

(iii) 5 (cinco) anos aos benefícios destinados à manutenção ou ao incremento das atividades comerciais, desde que o beneficiário seja o real remetente da mercadoria;

(iv) 3 (três) anos aos benefícios destinados às operações e prestações interestaduais com produtos agropecuários e extrativos vegetais in natura; e

(v) 1 ano aos demais benefícios, ou seja, para aqueles que tenham sido concedidos sem uma destinação específica.

A simples existência de gradação diferente para a continuidade do benefício já pode trazer divergências em como se dará o enquadramento por parte dos benefícios pelas unidades federadas. Afinal, questiona-se qual será o critério para conceituar, por exemplo, o que diferencia o ‘fomento a atividade portuária e aeroportuária’, previsto como passível de continuidade por 15 anos do ‘incremento da atividade portuária e aeroportuária’, passível de continuidade por 8 (oito) anos.

A tendência é que as unidades federadas buscarão, na medida do possível, configurar seus benefícios como aqueles passíveis de reinstituição por 15 anos, alongando ao máximo o prazo do benefício reinstituído.

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Ponto importante que se deve observar é que, embora a lei tenha deixado liberdade para que o convênio regulamentador avance em critérios para delimitar e esclarecer alguns dos conceitos utilizados na Lei Complementar, ela foi clara que, no mínimo, duas condicionantes deverão ser observadas na remissão e reinstituição dos benefícios fiscais.

As condicionantes são apenas duas, quais sejam, (i) que as unidades federadas publiquem em seus Diários Oficiais a relação dos atos normativos que amparem os créditos tributários objetos da remissão e reinstituição e; (ii) que efetuem o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Confaz, da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos dos benefícios fiscais.

Caso não o façam, deverão revogar o benefício fiscal, não produzindo tampouco qualquer efeito de remissão aos créditos tributários concedidos sob o amparo da norma não publicada e não registrada e depositada.

Importante destacar que a lei fez distinção entre a possibilidade de remissão e a possibilidade de reinstituição dos benefícios fiscais irregulares no que diz respeito à vigência do ato normativo ou concessivo.

Enquanto a remissão abrange tanto os atos normativos vigentes ou cujos efeitos já tinham se exaurido na data de publicação da Lei Complementar, a reinstituição somente poderá ocorrer para os atos normativos vigentes, não sendo possível que a unidade federada tente revigorar ato já revogado ou cujo termo final de vigência já havia transcorrido quando da publicação da LC nº 160/17.

Ainda assim, para os atos vigentes no dia 08 de agosto de 2017 e passíveis da reinstituição, poderá a unidade federada, a qualquer tempo dentro do prazo máximo permitido para a fruição do benefício reinstituído, alterar o benefício originariamente concedido, de forma a diminuir, restringir o seu alcance ou até mesmo revogá-lo.

Por outro lado, também foram previstos dois tipos de extensão do benefício originariamente concedido.

O primeiro tipo de extensão poderá ocorrer para outros contribuintes da mesma unidade federada concedente. Para essa extensão, é exigida que eventual concessão a terceiros observe as mesmas condições e os mesmos prazos limites de fruição do benefício original.

Já a segunda extensão é aplicável a outras unidades federadas da mesma região. Aqui, a exigência é que o benefício concedido pela outra unidade federada ainda esteja vigente quando da adesão.

A lei previu ainda a criação do “Portal Nacional da Transparência Tributária”, o qual servirá para ter todas as informações relativas aos benefícios fiscais remetidos, reinstituídos, bem como as eventuais extensões e adesões.

Ainda com relação à remissão, nota-se que a lei estabeleceu que a exoneração feita pela unidade federada concedente gerará efeitos retroativamente na unidade federada de destino que eventualmente tenha crédito constituído questionando o benefício fiscal irregular e glosando o crédito. Essa retroação valerá para a data em que o ato original foi concedido e terá como efeito a anulação de todos os créditos tributários constituídos ao longo dos anos e que eventualmente ainda estejam em discussão administrativa ou judicial.

Foi previsto também que, para os fins de remissão e reinstituição dos créditos tributários serão afastadas as restrições previstas no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, não será necessário estudo de impacto orçamentário decorrente da renúncia de receita advinda da concessão do benefício fiscal.

Isso porque, como na concessão original do benefício muitas vezes tal requisito não foi atendido, se a exigência fosse mantida para a remissão e reinstituição poderia haver a completa inviabilização da implementação efetiva da Lei.

Por fim, também foi previsto que a partir da publicação da Lei Complementar, a concessão ou manutenção de benefícios fiscais em desacordo com a LC nº 24/75 implicará na sujeição da unidade federada concedente nas sanções previstas no artigo 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que preveem vedações de transferência voluntária de recursos pela União, obtenção de garantia de outro ente ou contratação de operações de crédito.

Esses são os pontos principais da LC nº 160/17, norma que pretende pôr um fim a guerra fiscal. Ocorre que, como será exposto a seguir, aparentemente a lei adotou alguns critérios e premissas que talvez não impeçam a continuidade da guerra fiscal.

III – Pontos sensíveis da Lei Complementar nº 160/17

A primeira crítica que se pode fazer a LC nº 160/17 é a de que ela, ao invés de tentar dar um fim à guerra fiscal, simplesmente previu seu alongamento por prazo que pode chegar a até 15 anos, e poderá até mesmo tender para sua perpetuação, na medida em que novas prorrogações poderão ocorrer, após expirado o longo prazo previsto na lei complementar.

Como dito no tópico anterior, a continuidade do benefício fiscal por prazos variáveis já constava no Convênio ICMS nº 70/14, chancelado por 21 (vinte e uma) unidades federadas. Mas, diversamente do que consta naquele diploma, diversas contrapartidas que permitiam tentar antever o fim da guerra fiscal, bem como que previam compensações com perdas decorrentes das alterações não foram adotadas, desvirtuando, assim, o alcance da continuidade que foi prevista naquele convênio.

A reinstituição do modo como foi aprovada no texto final da LC n 160/17, não exigindo qualquer contrapartida das unidades federadas, e que tem como requisito somente a necessidade de que haja a disponibilização da informação de quais benefícios foram reinstituídos não parece vislumbrar que ao final do prazo de fruição, o benefício será de fato revogado.

Isso por dois motivos. O primeiro deles, adotado no Convênio ICMS nº 70/14 e que não consta da LC nº 160/17 é a necessidade de haver a aprovação de Resolução do Senado Federal reduzindo as alíquotas interestaduais e fazendo com que a tributação fosse de forma gradativa da origem para o destino, o que também diminuiria a vantagem indevida conseguida quando da obtenção de um benefício irregular, já que, conforme dito anteriormente, a unidade federada de origem diminuiria sua margem de renúncia possível dos atuais 12% (doze por cento), alíquota modal interestadual, para possíveis 4% (quatro por cento), alíquota modal adotada no Convênio ICMS nº 70/14).

Repita-se. Embora o Convênio ICMS nº 70/14 previsse a continuidade dos benefícios nos mesmos prazos que a LC nº 160/17 foi aprovada, ao final de 8 anos, a alíquota modal do ICMS seria de 4%, permitindo-se assim diminuir o efeito danoso da transferência indevida de créditos destacados e não cobrados entre a unidade federada concedente do benefício irregular e a unidade federada destinatária.

Dessa forma, com a desvinculação da convalidação da necessidade de definição de novas alíquotas interestaduais, fica mais difícil antever que essa alteração, tão necessária e defendida por boa parte da doutrina, avance no Congresso Nacional, ainda que essa alteração dependa apenas de Resolução do Senado Federal⁵, já que a discussão política isolada desse tema tende a ser mais dificultosa.

O outro motivo que nos leva a afirmar que a continuidade adotada tende a trazer a perpetuação da guerra fiscal diz respeito a dispositivo que foi inserido quando da tramitação do projeto e que acabou não sendo acolhido no texto final.

5. Art. 155 - (...)

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

(...)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Referido dispositivo trazia a previsão da redução gradual dos benefícios, fazendo com que o contribuinte aos poucos fosse absorvendo a carga tributária equivalente aos patamares ordinários praticados pelos demais contribuintes que não são beneficiados.

A razão para a inclusão desse escalonamento gradual de redução dos benefícios fiscais decorreu justamente da argumentação de que não seria aconselhável a interrupção imediata dos benefícios irregulares, trazendo-se uma gradação de forma que ao longo do tempo o contribuinte beneficiado tivesse como absorver a interrupção gradual dos benefícios. Infelizmente, esse dispositivo, inserido quando da discussão do projeto de lei na Câmara dos Deputados, foi suprimido quando do retorno do projeto ao Senado Federal, que foi a casa iniciadora do projeto de lei.

Dessa forma, há o risco de que a mesma argumentação utilizada agora na aprovação da LC nº 160/17 seja repetido daqui a 8 (oito) ou 15 (quinze) anos, qual seja, o de que a extinção abrupta e imediata do benefício poderia gerar a inviabilidade econômica de operação das empresas beneficiadas.

Outro ponto que infelizmente não parece trazer diferenças relevantes em relação à disciplina atual prevista na LC nº 24/75, refere-se às sanções previstas em caso de concessão ou manutenção de benefícios irregulares.

Aparentemente, as sanções previstas na LC nº 160/17 são equivalentes àquelas adotadas na LC nº 24/75, apenas prevenindo-se que não serão efetuados repasses a unidade federada concedente e proibindo-se a contratação de novos empréstimos ou a obtenção de garantia, de forma direta ou indireta, de outro ente. Aqui, cabe lamentar que, embora na Câmara dos Deputados também tenha sido proposta a alteração da Lei de Improbidade Administrativa para se responsabilizar o gestor responsável pela concessão de novos benefícios irregulares doravante, tal medida não foi acatada.

Assim, com sanções similares àquelas previstas na LC n° 24/75, há um certo ceticismo se elas terão aplicação prática, já que com relação àquelas, não houve efetividade na sua aplicação.

É bem verdade que o rito para eventual aplicação das sanções previstas na LC n° 160/17 é diferente daquele previsto na LC n° 24/75, vez que agora quem dará início ao processo de verificação da existência de benefício irregular é o Governador do Estado ou do Distrito Federal que se sentir prejudicado com benefício concedido por outra unidade federada, devendo haver manifestação conclusiva do Ministro da Fazenda no prazo de até 90 dias.

Ainda assim, parece-nos que o legislador foi tímido na previsão das sanções para o combate a eventuais novos benefícios irregulares. Note-se que aqui estamos falando de eventuais novas concessões de benefícios em desacordo com a LC n° 24/75 e não nos que foram reinstituídos e continuam a produzir efeitos.

Até o momento as críticas feitas são de ordem prática e sobre a efetividade da LC 160/17. O próximo aspecto que merece reflexão é a previsão da remissão ampla e irrestrita prevista na LC n° 160/17 e que nos parece ter uma fragilidade jurídica.

Aqui, cabe transcrever o trecho da lei que versa sobre o tema. Diz o artigo 5° que a *“remissão ou a não constituição de créditos concedidos por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço afastam as sanções previstas no art. 8° da Lei Complementar n° 24, de 7 de janeiro de 1975, retroativamente à data original de concessão da isenção, do incentivo ou do benefício fiscal ou financeiro-fiscal, vedadas a restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo por sujeito passivo.”*

Da leitura do dispositivo acima, verifica-se que a LC n° 160/17 adotou que, diferentemente da possibilidade de remissão de crédito tributário próprio da unidade federada concedente e da sua reinstituição, a qual remeteu para convênio, já chamou para si diretamente o perdão dos créditos tributários constituídos

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

na unidade federada de destino, amparados nas sanções previstas no artigo 8º da LC nº 24/75. E mais, de forma retroativa à data original de concessão do benefício fiscal irregular.

Ocorre que, embora ela tenha previsto que a remissão pela unidade federada concedente gere efeitos em outra unidade federada que tenha crédito constituído, deve-se atentar que deverá haver lei específica na unidade federada que eventualmente tenha crédito constituído, sob pena de afronta ao artigo 150, § 6º da Constituição Federal⁶.

Ora, o fato de a unidade federada concedente remitar os créditos tributários decorrentes dos benefícios irregulares que concedeu não parece fazer ser possível que gere efeitos em créditos tributários constituídos por outra unidade federada. Como visto, a Constituição Federal é clara e somente se houver lei específica na unidade federada que constituiu os créditos é que eles serão perdoados.

Considerando, todavia, o montante dos créditos constituídos bem como as diversas formas de transferência de crédito do ICMS destacado, mas não cobrado, muitas vezes engendrada com o conhecimento do destinatário, como por exemplo na transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, a lei estadual que concederá a remissão poderá (ou por vezes deverá) delimitar o objeto dos créditos tributários que poderão fruir da remissão, não sendo ampla e irrestrita e também não observando a retroatividade prevista na Lei Complementar.

Ainda, até mesmo por motivos de gestão tributária, eventualmente alguma ou algumas unidades federadas podem sequer publicar a lei remetendo créditos tributários constituídos que se fundamentem na glosa de créditos prevista no artigo 8º da LC nº 24/75.

6. Art. 150 (...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

Por fim, o que parece ter sido o maior erro da Lei Complementar foi a previsão da extensão dos benefícios dentro da mesma unidade federada a outros contribuintes e, mais ainda, a adesão a benefícios vigentes de outra unidade federada da mesma região.

Esses dispositivos também constavam do texto aprovado do Convênio ICMS nº 70/14, mas com as contrapartidas que já foram ditas anteriormente. Assim, as mesmas críticas que fizemos para a continuidade dos benefícios fiscais são pertinentes à manutenção desses dispositivos sem as demais contrapartidas exigidas no texto do convênio em comento.

Isso porque, se com a queda da alíquota interestadual já se havia aceitado ser possível a perpetuação dos benefícios pelos prazos ali propostos (repita-se, que variam de um a quinze anos), a extensão e principalmente a adesão somente pareciam cabíveis naquele ambiente em que a alíquota interestadual fosse sendo minorada.

Com a alíquota interestadual no patamar atual, os efeitos desses dispositivos são imprevisíveis, não parecendo ser improvável um cenário onde as unidades federadas, em um curto prazo, ofertem nova rodada de concessões de benefícios fiscais, sendo que estes que estarão sendo concedidos via adesão não terão sequer os riscos de questionamentos, que até então permeavam os benefícios irregulares.

A nova rodada de concessões poderá ocorrer em virtude até da necessidade de medidas protetivas das unidades federadas, as quais poderão ser compelidas a conceder benefícios semelhantes aos dados por seus vizinhos, sob pena de perderem empresas para unidades federadas que pratiquem carga tributária inferior em virtude dos benefícios originariamente irregulares.

Dessa forma, como efeito inverso do que pretendeu a LC nº 160/17, a adesão a benefícios fiscais de unidades federadas da mesma região, também chamada de 'cola regional', poderá vir a fomentar ainda mais a guerra fiscal, com risco de degradação ainda maior para as já combalidas finanças estaduais.

Embora ainda não exista definição sobre os limites da ‘cola regional’, parece-nos que sua simples existência fomentará por demais a concessão de novos benefícios.

IV – Ponderações específicas aplicáveis ao Estado de São Paulo

Mas e o Estado de São Paulo, como será afetado com a publicação da LC nº 160, do posterior convênio regulamentador e da conseqüente convalidação e reinstituição dos benefícios até então irregulares?

Esta pergunta é pertinente, pois o Estado de São Paulo detém o maior parque industrial do país, segmento econômico mais beneficiado pela concessão dos benefícios irregulares.

Além disso, embora nos últimos anos o Estado também tenha feito a concessão de benefícios fiscais sem a chancela do Confaz, o fez de maneira pontual e bem mais comedida e modesta do que as demais unidades federadas.

Outro dado que demonstra a importância do ICMS para o Estado de São Paulo reside no fato de que em nenhuma outra unidade federada este imposto tenha tanta relevância para as receitas correntes como para o Estado de São Paulo. Segundo dados coletados em 2016 e disponíveis na Secretaria do Tesouro Nacional, o ICMS corresponde a 66% (sessenta e seis por cento) do total da receita corrente do Estado.

À exceção do Estado de Santa Catarina, com 64% (sessenta e quatro por cento), apenas oito unidades federadas possuem percentuais que variam dos 50% a 60%, sendo que nas demais, o ICMS não chega sequer aos 50% de sua receita corrente.

Mais ainda, com o detalhamento da análise, verifica-se que mesmo nas unidades federadas em que o percentual do ICMS para a receita corrente seja mais próximo ao que é observado em São Paulo, existe a concentração da tributação do

ICMS nos ditos setores de preços administrados (combustível, energia e comunicações), praticando alíquotas maiores do que o Estado de São Paulo nesses segmentos.

Por esses motivos, não é exagero afirmar que provavelmente a unidade federada mais prejudicada com a convalidação (ou melhor dizendo, com a perpetuação da guerra fiscal) seja o Estado de São Paulo.

Com efeito, estima-se que o volume de crédito tributário constituído em virtude da glosa de créditos com amparo no artigo 8º da Lei Complementar nº 24/75 seja extremamente relevante, o que fará com que deva ser analisada com cautela se haverá, e quais serão os limites de eventual remissão.

Além disso, pelo prazo de até 15 (quinze) anos não há mais que se falar em eventual trabalho de fiscalização tendente a combater a guerra fiscal, já que os benefícios agora reinstituídos estão amparados e são legais sob a nova normatização.

Por outro lado, embora como dito anteriormente o Estado de São Paulo também contenha em sua legislação alguns benefícios fiscais concedidos originariamente sem a chancela do Confaz, nunca o fez isso de forma indiscriminada, sendo tal instrumento utilizado de forma mais pontual e comedida.

Agora, porém, existe a possibilidade de que o Estado seja compelido de fato a conceder novos benefícios como medida protetiva, visando evitar a perda de empresas ou até mesmo segmentos econômicos inteiros para outras unidades federadas, que tiveram seus benefícios fiscais regularizados.

Somente a título ilustrativo, há estimativas que demonstram existir uma potencial perda de arrecadação extremamente impactante, que iremos denominar aqui de '2x'. Estas perdas decorreriam de eventual realocação imediata e também advindas de eventuais investimentos feitos a médio prazo para expansão de plantas industriais que seriam feitas nas já citadas unidades federadas, que concediam benefícios fiscais de forma mais agressiva, quase abdicando da arrecadação

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

em troca do investimento e que agora tem o amparo da LC nº160/17.

Como solução para estancar essa potencial migração de investimentos, o Estado de São Paulo deveria conceder, de forma imediata, renúncias estimadas em 1x.

Embora tais perdas sejam 'somente' da ordem de 50% (cinquenta por cento) da estimativa anterior de perda potencial, se concedidas, configurar-se-iam em perdas efetivas, correntes, e que seriam percebidas já a partir do momento da concessão do benefício.

Ressalte-se que os valores que foram estimados (e não ditos aqui por que não cabe no objeto do presente artigo) são extremamente elevados e exigiriam que o Estado tivesse de arcar com outras formas de recuperar o valor renunciado, sob pena de que, com a ausência desses recursos, haja prejuízo efetivo na prestação de seus serviços públicos à população.

Em outras palavras, a pergunta que remanesce com esse quadro, é se a recomposição de receita demandaria aumento de carga tributária ao consumidor final, fazendo com que a população tenha que arcar com as consequências da perpetuação da guerra fiscal.

Assim, será necessária cautela por parte do administrador tributário paulista na adoção de novos benefícios fiscais, mas ainda assim, estima-se que por vezes serão apresentadas situações nas quais a concessão do benefício, como medida protetiva da economia local, será mais aconselhável do que a perda de relevantes setores industriais ou de outros segmentos econômicos para outras unidades federadas.

Dessa maneira, dependendo de como se portar o principal ator no cenário econômico nacional, talvez estejamos diante de um quadro que acabará por acelerar a tão necessária reforma mais ampla do sistema tributário nacional e da reformulação completa do principal imposto dos Estados e do Distrito Federal, o ICMS.

V – Conclusões

Conforme repisado ao longo do texto, a LC nº 160 foi publicada para tentar estancar a guerra fiscal, solucionando o passado e buscando encerrar as discussões judiciais sobre o tema.

Embora aparentemente a lei tenha resolvido o passado, entendemos que não necessariamente todas as situações estejam resolvidas de forma definitiva, pois, como demonstrado, a remissão dos créditos constituídos dependerá de lei estadual ou distrital, a qual poderá delimitar o objeto dos créditos que serão remetidos, em especial quando se falam crédito constituídos em virtude de glosas de créditos de benefícios irregulares concedidos por terceira unidade federada.

Além disso, procuramos demonstrar que, aparentemente, ao contrário do que desejou o legislador, a lei tem o potencial de acirrar a guerra fiscal, levando-a a um patamar ainda não observado nos dias atuais.

Isso porque se até a publicação da lei a concessão de benefícios sem a chancela do Confaz trazia riscos inerentes às empresas, com a publicação da Lei Complementar e a reinstauração dos benefícios por prazos de até 15 anos, fará com que não haja mais o risco da glosa do crédito destacado e não pago.

Pior do que isso, poderá haver uma propagação de benefícios fiscais pelas unidades federadas, as quais poderão aderir livremente (ou nas condições estabelecidas em convênios) a benefícios dados por unidades federadas de sua mesma região.

O efeito de eventual concessão de forma até certo ponto indiscriminada poderá ter como consequência a aceleração de uma reforma mais profunda, o que talvez seja até desejável, com a migração da tributação para o destino e uma reformulação mais profunda do ICMS.

Por fim, é certo que na sua regulamentação por intermédio de Convênio aprovado pelo Confaz, algumas questões

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

deverão ser melhor esclarecidas e talvez com uma definição mais clara, alguns pontos de dúvida sejam saneados.

Aliás, nunca é demais lembrar que a regulamentação da Lei Complementar 160 deve ser publicada em até 180 dias contados da data de sua publicação, sob pena de a proposta de convalidação perder eficácia. Espera-se que haja um consenso entre as unidades federadas de modo que a regulamentação saia dentro dos prazos estabelecidos na Lei Complementar.

Aguardemos, então, os próximos capítulos deste tema tortuoso, mas parece-nos que longe de estarem resolvidas todas as questões, teremos novos embates sobre o tema da guerra fiscal, ainda que com um novo enfoque, uma guerra fiscal legalizada e com potencial altamente destrutivo.