

Decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3692 reacende a discussão acerca da guerra fiscal entre os Estados.

Em sessão virtual ocorrida no dia 18/08/2020, o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, decidiu pela constitucionalidade do §3º do artigo 36 da Lei nº 6.374/89 do Estado de São Paulo, senão vejamos o que diz o mencionado dispositivo:

Artigo 36 - O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação é não-cumulativo, compensando-se o imposto que seja devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este, outro Estado ou pelo Distrito Federal, relativamente a mercadoria entrada ou a prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco.

(...)

§3º - Não se considera cobrando, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de qualquer subsídio, redução da base de cálculo, crédito presumido ou outro incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto no Artigo 155, §2º, inciso XII, alínea g da Constituição Federal. (Grifo Nosso)

Com isso, o Estado de São Paulo pode restringir o direito aos créditos do ICMS decorrentes de mercadorias advindas de outros Estados que possuam benefícios fiscais não aprovados pelo Confaz.

Importante salientar que, o Estado de São Paulo, por meio da lei já mencionada, busca evitar que as empresas situadas no Estado de São Paulo possam se apropriar de créditos de ICMS de empresas situadas em outros Estados, com o argumento de que tais empresas estariam gozando de benefícios fiscais indevidos, sendo tal situação suportada pelo Estado de São Paulo uma vez que tais concessões de benefícios fiscais ocorreram por ato unilateral, sem aprovação do Confaz.

O Estado de São Paulo na verdade tenta combater a guerra fiscal, que pairava sob o manto da concessão de diversos benefícios fiscais, tais como redução de alíquotas, redução da base de cálculo, créditos outorgados, entre outros e sempre concedidos por Estados que se interessavam em atrair empresas, independente de aprovação do Confaz.

Tanto é que, diversas empresas paulistas migraram para Estados vizinhos, tais como Minas Gerais e Rio de Janeiro, estruturando todo o parque fabril ou unidades de distribuição, valendo-se dos benefícios fiscais concedidos por estes dois Estados, entretanto, o centro consumidor continuava a ser o Estado de São Paulo, possuindo, em razão do benefício fiscal concedido, melhor margem de negociação em comparação com as empresas situadas no Estado de São Paulo.

O embate estava sendo discutido por meio da ADI 3692, por meio da qual o governador do Distrito Federal questionava a legislação paulista que restringe o aproveitamento, pelos contribuintes paulistas, do montante do imposto que tenha sido cobrado pelo Estado de origem do benefício fiscal em desacordo com o que rege Artigo 155, §2º, inciso XII, alínea g da Constituição Federal.

Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF decidiu, na sua maioria, pela constitucionalidade da norma do Estado de São Paulo, de modo que votaram a favor do Estado de São Paulo a relatora Ministra Cármen Lúcia, acompanhada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber e Luiz Fux

De acordo com a relatora, Ministra Cármen Lúcia, a legislação do Estado de São Paulo em nada altera a condição do benefício fiscal, mas apenas limita a capacidade de aproveitamento por parte dos contribuintes sediados no Estado de São Paulo.

Podemos dizer que tal entendimento encontrando respaldo na Lei Complementar nº 24/75 e seus artigos 2º, §2º e 8º, incisos I e II, conforme segue:

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

(...)

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

(...)

Art. 8 - 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 ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Ainda nesse sentido, o voto da Ministra Cármen Lúcia é claro, senão vejamos:

Deve-se rejeitar, ainda, a pretensão do autor de impor ao Estado de São Paulo a forma de cumprimento do mandamento constitucional que, de resto, ele mesmo inobserva, causando-lhe favor concorrencial em detrimento da arrecadação do fisco paulista, evidenciando assim, ausência de comprovação de boa-fé em sua atuação. (Grifo nosso)

E continua:

O princípio da confiança federativa constitui dever procedimental das pessoas estatais nas relações intersubjetivas. Nesses termos, **a exigência de convênio interestadual para a revogação de incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS pode ser invocada apenas quando estes forem validamente concedidos, ou seja, editados nos termos da al. g do inc. XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República**, o que não se teve com relação à unidade federada distrital, como evidencia a conclusão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.549, na qual assentada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 2.483/1999, do Distrito Federal, pela **necessidade de aprovação pelo CONFAZ de qualquer política extrafiscal que implique na redução ou qualquer outra forma de desoneração do contribuinte em relação ao ICMS** (Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 30.9.2011)."

Com o presente julgamento, nota-se que o Supremo Tribunal Federal deixou evidente que os Estados podem legislar quando ao creditamento de créditos fiscais de ICMS, decorrentes de benefícios fiscais não autorizados ou convalidados, inobservando inclusive, do nosso ponto de vista, a Lei Complementar nº 160/17.

Importante frisar ainda que, o Estado de São Paulo, desde 2013 prevê no RICMS, os procedimentos de glosa de eventuais benefícios fiscais não autorizados ou convalidados pelo Confaz.

Por fim, diante de todos os argumentos expostos, é notório que o STF chancelou a pretensão do Estado de São Paulo de efetuar a glosa de créditos de ICMS decorrentes de mercadorias adquiridas de outros Estados cujos benefícios não tenham sido APROVADOS pelo Confaz e, literalmente, expõe ao risco as empresas paulistas que adquirem mercadorias nestas condições.

Em razão desse julgamento, entendemos que as empresas paulistas reavaliem as operações que são realizadas com fornecedores localizados em outros Estados e que se beneficiem de regimes especiais de ICMS, revisando inclusive todos esses benefícios fiscais e sua efetiva regularidade, pois com essa decisão, o Estado de São Paulo terá plenas e inequívocas condições de efetuar as glosas de créditos, lavrando, se for o caso, os respectivos autos de infração e imposição de multa.

Dr. Luis Alexandre Oliveira Castelo

Lopes & Castelo Sociedade de Advogados.