Guerra fiscal estadual decorre da falência da política de tributação

Encontra-se em debate a Proposta de Súmula Vinculante 69 para acabar com a *guerra fiscal* entre os estados, tendo inclusive recebido parecer favorável do Ministério Público Federal. Existem diversos aspectos a serem analisados sobre o assunto, alguns dos quais foram objeto de artigo na ConJur denominado *STF deve modular efeitos da Súmula contra guerra fiscal*. O que se pretende destacar no presente artigo é, por assim dizer, sobre o risco de o *tiro saia pela culatra do canhão que se aponta contra os Estados e, em especial, contra os contribuintes.* Isto porque, dentre vários outros aspectos, o que se pretende combater é o *efeito anticoncorrencial* que as desonerações de ICMS concedidas unilateralmente pelos estados vêm ocasionando na economia. Assim, busca-se fazer com que o ICMS seja um tributo *neutro* para fins *concorrenciais*, o que é um motivo louvável, tendo em vista que este deve ser o caminho a ser trilhado pelo sistema tributário nacional. Porém, seria de se indagar: será que a edição de uma Súmula acabará com a causa da guerra fiscal, ou apenas será mais um paliativo dentro do vasto arsenal que vem sendo utilizado?

O ponto central da análise é que a guerra fiscal, tal como se apresenta hoje, em grande parte é gerada por benefícios fiscais concedidos de forma transparente, a despeito de o serem unilateralmente pelos estados, ao arrepio da Lei Complementar 24/75, que obriga aprovação unânime pelo Confaz (o que já foi também objeto de análise em coluna anterior. Afinal, a maior parte dos incentivos fiscais são concedidos de forma *transparente*, e não no recôndito das alcovas, onde a luz do sol penetra apenas de forma sutil — quando ocorre. Aqui o problema se revela e é o cerne da análise que segue.

O que se pretende demonstrar neste artigo é que, ao lado do problema dos *incentivos fiscais* encontra-se também o da *transparência*, cujo reverso, a *opacidade*, pode gerar incontáveis problemas penais.

A questão dos incentivos fiscais é antigo objeto de debate nos campos tributário e econômico. O que em princípio poderia ser visto como uma simples disputa por novos mercados, ganha, segundo alguns, feições de guerra. Traçando uma ponderação sistêmica e interativa, é de se ver, por outro lado, que existe inegável influência econômica no próprio Direito Penal de hoje. Sendo isso verdade, seria de se perguntar: existiriam efeitos penais decorrentes de uma política de incentivos fiscais? Essa percepção, e análise, deve ser feita sob pena derradeira de melhor se pretender traçar políticas nacionais verdadeiramente globais, verificando-se não unicamente lentes setoriais. Deve-se analisar, dessa forma, não apenas a problemática da política de incentivos fiscais no Brasil, mas também a perversão terminológica assumida por muitos, e os seríssimos problemas da pretensão de regulação da matéria através de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Com esse pano de fundo, deve-se perquirir a lógica dos incentivos fiscais também dentro de uma moderna política criminal, por onde se prega a questão da transparência como instrumento fundamental para o combate às situações de corrupção.

Afora toda uma consideração de ordem financeira e tributária, pode-se — e deve-se — ter em conta a repercussão jurídica que determinada política econômica pode gerar. A limitação de pensamento unidirecional pode gerar diversos problemas futuros. Na realidade, a interação do sistema jurídico deve levar em conta os muitos efeitos secundários que determinada decisão pode vir a resultar.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Sob essa óptica, deve ter em conta algumas premissas. A primeira, sem dúvida, diz respeito ao fato de que o Direito Penal não é mais senhor de sua própria casa. A influência sofrida hodiernamente pela seara econômica é tremenda. Percebe-se, assim, uma transmutação da ciência penal, que em muito se distancia dos primados individuais, para lançar âncora em questões econômicas. Isso chega a ponto tal de se falar, como atesta Lüdersen, em uma economicização do Direito Penal.[1] Isso fica muito claro quando se percebe a importância assumida, mundo afora, e também no Brasil, em temas penais sobre o Mercado de Capitais, *insider trading*, *criminal compliance*, e, mais particularmente, pelo problema da corrupção.

Tida como verdadeira chaga a ser combatida, a corrupção assume toda uma nova dimensão, sendo inúmeros os trabalhos que pretendem estudá-la. Fala-se de suas premissas nacionais e internacionais,[2] até mesmo à questão de seu entendimento como um problema de agressão aos próprios Direitos Humanos.[3] Pois bem. Essa discussão leva a uma inegável e complexa conclusão: o Direito Penal, *per se*, é incapaz de lidar, unitariamente, com o problema. Requerem-se, pois, outros pilares estruturais a erigir uma nova política criminal anticorrupção.

Tem-se, assim, premissas outras. Não mais se sustenta unicamente um combate ao dano gerado por determinadas condutas. Menciona-se, ao revés, prevenção de situações de possível geração de perigos. Sustenta-se uma autorregulação por parte das empresas, o que gera, por consequência, toda a nova apreciação da *criminal compliance*, hoje tão debatida. O Direito Penal, em outras palavras, de simplesmente repressivo, passa também a ser visto baseado em elementos preventivos.

Pois bem, sob essa configuração a ideia da transparência resulta fundamental para o ideal combate à corrupção. Internacionalmente, constata-se, por exemplo, que a Convenção da Organização das Nações Unidas, assegura que os sistemas jurídicos de cada estado participante estarão baseados, entre outros, em um princípio de transparência (artigo 7). Isso fica ainda mais evidente quando a mesma Convenção estipula as bases dos Códigos de Conduta a serem impostos aos funcionários públicos (artigo 8). Tais considerações foram, em boa parte, assumidas pela Lei 12.846/12, a chamada Lei Anticorrupção.

Caso se entenda que de fato os novos pilares do Direito Penal se fincam nessa questão de transparência, deve-se ter em conta que suas luzes se mostram como melhor meio de combate à corrupção. E isso, quanto mais, em um país com uma larga cultura latente de corrupção. Habib fala do Brasil com um histórico de 500 anos de corrupção,[4] mas o problema não é, nem pode ser, reduzido unicamente em termos locais.

Rose-Ackerman destaca que subornos, presentes e gorjetas são um problema cultural em praticamente todo o mundo.[5] A questão é, pois, mundial. Inegavelmente, contudo, ela tem uma significativamente triste maior presença em determinados ambientes latinos. Isso chega a ponto tal que, em termos leigos, muitas vezes se verifica a situação do cidadão que, tendo conhecimento de uma cultura de corrupção, sente-se intimidado e extorquido, mesmo não havendo a expressa solicitação por parte de um funcionário público. Seria, em termos, o caso descrito como concussão ambiental.[6] Pois bem. Por certo poder-se-ia afirmar que a ideia de concussão ambiental seria de menor presença na medida em que determinado ente estatal oferece explicitamente benefícios fiscais para a implantação de determinada empresa em sua área territorial. Oferece-se, assim, favores explícitos à empresas (de modo negativo), o que gera, por sua vez (de modo positivo) um diminuído espaço para a corrupção. Nesse caso, havendo transparência no processo de incentivos, combater-se-ia indiretamente a própria cultura de corrupção que

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

poderia promover a mesma instalação não com isenções, mas com ganhos indevidos. Essa realidade paralela seria plenamente sustentável.

Em termos positivos, regras bem postas sobre a isenção fiscal podem gerar efeitos benéficos ao próprio sistema, o qual, aparente e curiosamente, explicita uma tendência a concluir que a mesma tem unicamente um contorno negativo. Assim não o é. Sistemicamente, e sob um prisma penal, parece haver ponderação outra a ser tida em conta. Essa avaliação global evidencia-se como fundamental, pois o Direito não se mostra mais estanque, mas em um caldo sistêmico que gera influências de parte a parte. Tais considerações devem ser tidas em conta, sob pena de possível e futura quebra do próprio sistema. Não parece adequado que se pregue por uma cultura anticorrupção e não se tome tento que determinada medida, ainda que aparentemente moralizadora e reguladora de contendas fiscais, pode se mostrar, sim, como mantenedora da própria corrupção. Fundamentais, no mínimo, e antes de mais nada, maiores estudos e reflexões sobre tal questão.

Qual o temor? Que com o advento da Súmula Vinculante, tal qual hoje desenhada, os estados deixem a *transparência* de lado e incrementem a assinatura de *regimes especiais de tributação*, os quais, muitas vezes, se caracterizam como uma espécie de "regramento específico para determinada conduta econômica, com tributação diferenciada, e sem publicação do ato concessivo." Ou seja, *corre-se o risco de, com a Súmula, vir a ser tornado opaco o que hoje é transparente*. E, sabe-se bem que, "*nas coisas do poder, o melhor desinfetante é a luz do sol*", segundo escreveu Louis Brandeis, ministro da Suprema Corte norte americana. Afinal, o difícil não é ver onde está claro, mas onde está escuro, *dove sta il buio*, como diz Giorgio Agamben, sempre lembrado por Regis de Oliveira.

Se existe uma política do estado brasileiro de combate à corrupção e outra que visa impedir a concessão unilateral de incentivos fiscais pelos estados membros, será adequado trilhar o caminho em que uma das políticas reforçará o que a outra pretende combater? A transparência há de ser o norte da discussão, e, ao invés de vir a ser adotada uma Súmula Vinculante cujos efeitos colaterais serão perversos, seria muito melhor que a União adotasse o caminho correto e voltasse a estabelecer políticas públicas nacionais de desenvolvimento regional, ou ainda, que o ICMS se tornasse um tributo de arrecadação centralizada e rateio imediato entre estados (e municípios).

O pejorativo etiquetamento quanto ao que seria uma "guerra fiscal" prejudica uma leitura isenta quanto ao tema. Embora seja certo que a concepção de "guerra" seja hoje colocada para além do que imaginaria Von Clausewitz, é necessário relembrar seu ensinamento de meados do século XVIII: "*A guerra é a continuação da política por outros meios*". Poder-se-á dizer que a presente guerra fiscal estadual brasileira decorre da falência da política de tributação e de desenvolvimento regional brasileiro. É preciso que esta política renasça para fazer cessar a guerra fiscal hoje presente. Que se ponderem, assim, os vários matizes a serem tidos em conta, sempre em busca de um ideal não só tributário, mas de estabilidade jurídica, e de combate à corrupção.

[1] LÜDERSEN, Klaus. "Law and economics" nella politica criminale. *In*: LÜDERSEN, Klaus. *Il declinio del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 112 e ss.
[2] Cf. MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effeti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazionale alla globalizzazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 47 e ss.
[3] BOERSMA, Martine. *Corruption: a violation of human rights and a crime under international law?*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 103 e ss.
[4] Cf. HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção.* Porto Alegre: S.A. Fabris, 1994, *passim.*
[5] ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government. Causes, consequences and reform.* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 91 e ss.
[6] Cf. MANES, Vittorio. Concussione. Concussione ambientale. *Il Foro Italiano* nº 11, 1999, pp. 644 e ss. MILITELLO, Vincenzo. Concusión y cohecho de los funcionarios públicos: cuestiones problemáticas e hipótesis de reforma en Italia. Traducción de María Acale Sánchez. *In*: TERRADILLOS BASOCO, Juan María; ACALE SÁNCHEZ, María (coord.). *Temas de derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de derecho penal económico.* Madrid: Trotta, 2004, pp. 243 e ss.

Date Created
21/05/2014

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.