



Órgão : CONSELHO ESPECIAL
Classe : AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
N. Processo : **20170020195368ADI (0020376-45.2017.8.07.0000)**
Requerente(s) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS E OUTROS
Requerido(s) : GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL E OUTROS
Relator : Desembargador WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR
Acórdão N. : 1093430

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. LEI Nº 5.745/2016. BENEFÍCIO FISCAL DE ICMS. MERCADORIAS INTEGRANTES DA CESTA BÁSICA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CONFIGURADA. INOBSERVÂNCIA DE NORMA GERAL EDITADA PELA UNIÃO (CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL). AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA RETROATIVIDADE DO BENEFÍCIO EM CONVÊNIO CELEBRADO NO ÂMBITO DO CONFAZ.

1. Em tema de competência legislativa concorrente, a União estabelecerá normas gerais a serem observadas nacionalmente, sendo possível aos Estados e ao Distrito Federal, por sua vez, suplementarem tais normas, a fim de atender suas especificidades.

2. A obrigatoriedade de observância do sistema de repartição constitucional de competência legislativa está sedimentada nos arts. 14, 17, I e §1º, 126, IV e 126-A, I, todos da LODF, assim como a exigência de submissão à lei complementar federal,

com a necessidade de celebração de convênio no âmbito do CONFAZ, no que tange à concessão de benefício fiscal referente ao ICMS (LODF, arts. 131, parágrafo único, e 135, §5º, VII).

3. O art. 2º da Lei 5.745/2016, ao prever a incidência retroativa de benefício fiscal relativo ao ICMS, fora das hipóteses previstas no art. 106 do Código Tributário Nacional, extrapolou a competência legislativa concorrente do DF para complementar/suplementar norma geral editada pela União em matéria de direito tributário.

4. Sem embargo da autorização contida no Convênio ICMS 128/94, quanto à concessão de benefício fiscal relativamente ao citado tributo, no que concerne a mercadorias componentes da cesta básica, não houve previsão de retroatividade da benesse quando da edição, pelos entes federados, das respectivas leis concessivas do benefício.

5. Ação direta de constitucionalidade conhecida e provida para declarar a inconstitucionalidade formal parcial do art. 2º da Lei distrital 5.745/2016, com efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do **CONSELHO ESPECIAL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR** - Relator, **HUMBERTO ULHÔA** - 1º Vogal, **SANDRA DE SANTIS** - 2º Vogal, **ANA MARIA AMARANTE** - 3º Vogal, **ROBERVAL CASEMIRO BELINATI** - 4º Vogal, **SÉRGIO ROCHA** - 5º Vogal, **ARNOLDO CAMANHO** - 6º Vogal, **SILVANO BARBOSA DOS SANTOS** - 7º Vogal, **FERNANDO HABIBE** - 8º Vogal, **SIMONE LUCINDO** - 9º Vogal, **JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA** - 10º Vogal, **TEÓFILO CAETANO** - 11º Vogal, **NILSONI DE FREITAS CUSTODIO** - 12º Vogal, **JAIR SOARES** - 13º Vogal, **VERA ANDRIGHI** - 14º Vogal, **GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA** - 15º Vogal, **MARIO MACHADO** - 16º Vogal, **ROMEU GONZAGA NEIVA** - 17º Vogal, **CARMELITA BRASIL** - 18º Vogal, **ROMÃO C. OLIVEIRA** - 19º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **ROMÃO C. OLIVEIRA**, em proferir a seguinte decisão: **ADMITIDA E JULGADA PROCEDENTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. UNÂNIME.** , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 24 de Abril de 2018.

Documento Assinado Eletronicamente
WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, em 5/9/2017, objetivando a declaração de inconstitucionalidade parcial, em abstrato e com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, do art. 2º da Lei distrital n. 5.745, de 9/12/2016, para excluir a expressão “*produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016*”, inserida na parte final do dispositivo impugnado, haja vista sua contrariedade aos artigos 14; 17, I e §1º; 126, caput e IV; 126-A, I, 131 e 135, VII, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.

A requerente afirma que a norma combatida, ao conceder benefício fiscal relativo ao Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, com data retroativa, extrapolou a competência do Distrito Federal para complementar/suplementar norma federal de caráter geral em matéria tributária.

Ressalta a competência legislativa concorrente da União para editar normas gerais de direito tributário e aponta que o art. 2º da Lei distrital 5.745/2016, ao prever a incidência retroativa da redução da base de cálculo do ICMS, com relação a produtos integrantes da cesta básica de alimentos, não se compatibiliza com a regra do art. 106 do Código Tributário Nacional, a qual configura norma geral de observância obrigatória pelos demais entes federativos.

Ressalta que o normativo questionado também ofende regras constitucionais de proteção ao sistema federativo, na medida em que concedeu benefício fiscal retroativo de ICMS sem expressa autorização em convênio firmado entre os Estados e o Distrito Federal, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, conforme regra positivada no art. 155, §2º, XII, letra “g”, da Constituição Federal e no art. 135, VII, da LODF.

Por entender presentes os requisitos necessários, requer a suspensão cautelar da expressão contida na parte final da norma objurgada, até o julgamento final da presente demanda.

A petição inicial foi instruída com os documentos de fls. 9-28.

Pelo despacho de fl. 32, foram solicitadas informações ao Governador do Distrito Federal, ao Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal, bem como a manifestação do Procurador-Geral do Distrito Federal e do

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consoante a regra do art. 140 do RITJDFT.

A Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal apresentou informações às fls. 35-42, nas quais suscita preliminar de incompetência do TJDFT para julgar a demanda, ao argumento de que o parâmetro de controle é a Constituição Federal, em seu art. 24, I e §2º.

No mérito, alega a inexistência de vícios de inconstitucionalidade no artigo impugnado. Afirma que o Distrito Federal exerceu sua competência concorrente para tratar de questões específicas, em pontos onde a lei geral não estabeleceu regras, bem como frisou que a norma impugnada está sintonia com os termos do Convênio CONFAZ ICMS n. 128/1994.

Ao fim, pede a improcedência da ADI e, subsidiariamente, a modulação dos efeitos da eventual declaração de inconstitucionalidade, para que seja conferida eficácia *ex nunc* à decisão.

O Governador do Distrito Federal prestou informações às fls. 44-51, nas quais defende a inconstitucionalidade da norma combatida, por afronta aos arts. 126-A, I, e 128, III, a, da LODF.

A Procuradora-Geral do Distrito Federal, na qualidade de curadora do ato normativo impugnado, manifestou-se às fls. 53-56, sustentando a inconstitucionalidade da norma objurgada, por ofensa aos arts. 14, 17, 131, I, e 135, §5º, VII, todos da LODF. Aponta que a aplicação retroativa dos benefícios fiscais extrapola os limites da autorização contida no Convênio n. 128/1994 do CONFAZ, “*violando as normas constitucionais que limitam a autogestão na concessão dos benefícios do ICMS*”.

A il. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de fls. 58-64, manifestou-se pelo conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido. É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR - Relator

Conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade se dirige contra a parte final do artigo 2º da Lei distrital n. **5.745/2016**, objetivando que seja excluída da norma a expressão "*produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016*", ao argumento de que tal previsão extrapolou a competência legislativa concorrente do Distrito Federal para dispor sobre normas de direito de tributário.

Sustenta que o diploma normativo em apreço previu a redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre determinados produtos da cesta básica de alimentos, estabelecendo, no artigo impugnado, a retroatividade da benesse à data anterior à vigência da lei, o que não se coaduna com a regra do art. 106 do Código Tributário Nacional, a qual constitui norma geral de direito tributário.

Alega, ainda, que a retroatividade do aludido benefício fiscal ultrapassa a autorização contida no Convênio CONFAZ n. 128/94, o qual permitiu a redução do citado imposto para as operações com mercadorias componentes da cesta básica, mas sem prever qualquer retroatividade da benesse.

A Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao se manifestar sobre a demanda, suscita preliminar de incompetência desta Corte de Justiça para a apreciação do feito, sob a tese que o verdadeiro parâmetro de análise da inconstitucionalidade é o art. 24, I e §2º, da Carta Magna, sendo meramente reflexa a afronta aos dispositivos da LODF (arts. 14, 17, §1º e 135, §5º, VII).

Desse modo, mister analisar a preliminar suscitada.

É cediço que o mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta não se presta a examinar a mera ofensa indireta, reflexa ou oblíqua da norma constitucional pela lei ou ato normativo impugnado. Para que se viabilize o controle concentrado, o dispositivo legal impugnado deve ser um ato normativo primário, que retirou seu fundamento de validade diretamente da norma constitucional e, por tal razão, eventual incompatibilidade gera uma violação frontal ao texto da Constituição e não uma mera ofensa indireta.

Em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade referente às normas da Lei Orgânica do Distrito Federal, o raciocínio é idêntico ao percorrido quanto às ações diretas alusivas ao texto da Carta Magna de 1988, ou seja, a norma impugnada deve ofender de modo direto o texto da LODF, não apenas de forma reflexa.

Sobre o tema, *mutatis mutandis*, confira-se aresto do c. STF:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO - DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato, quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo Poder Público. A ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na Constituição. A válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame "in abstracto" do ato estatal impugnado seja realizado, exclusivamente, à luz do texto constitucional. A inconstitucionalidade deve transparecer, diretamente, do próprio texto do ato estatal impugnado. A prolação desse juízo de desvalor não pode nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da prévia análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e em desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado. Precedente: ADI 842/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Crises de legalidade - que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo - revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, pois a finalidade a que se acha vinculado o processo de fiscalização normativa abstrata restringe-se, tão somente, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal. Precedentes. - (...) (ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO,

Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 - grifo nosso);

O caso, todavia, não é de ofensa oblíqua às normas da Lei Orgânica do Distrito Federal, como pretende fazer crer a Mesa da Câmara Legislativa do DF.

Isso porque, a Lei 5.745/2016 constitui ato normativo primário, que retira seu fundamento de validade diretamente da LODF, cujo art. 17, I[1] e §1º, estabelece a competência do Distrito Federal, concorrente com a União, para legislar sobre direito tributário, bem como a observância, pelo DF, das normas gerais estabelecidas por aquele ente.

Se, no exercício dessa competência, o DF extrapolou seu âmbito de atribuição, usurpando competência da União para editar normas gerais em matéria tributária, tal circunstância também geraria uma afronta imediata aos arts. 14[2], 126, IV[3] e 126-A, I[4], todos da LODF, os quais consagram, em âmbito local, a observância das normas da Constituição Federal sobre repartição de competência legislativa, de atendimento obrigatório pelos demais entes federativos.

A propósito:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. LEI DISTRITAL. LEIS DISTRITAIS N.º 4452/2009 (VIGENTE), N.º 4289/2008 E N.º 4072/2007 (REVOGADAS). IPTU. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. PARÂMETRO DA LODF. REPRODUÇÃO DE NORMA DA CF. REJEITADA. MÉRITO. VALOR VENAL. AUTORIZAÇÃO LEGAL PARA INCLUIR E ALTERAR DADOS PELO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI REVOGADORA E DAS LEIS REVOGADAS (AFASTANDO-SE A REPRISTINAÇÃO). INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO. PEDIDO PROCEDENTE. 1. É cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante este Tribunal de Justiça, tendo em vista que a Constituição Federal, no art. 125, § 2º, outorga aos Estados e, por extensão, ao Distrito Federal, competência para apreciar representação de inconstitucionalidade cujo objeto consista em lei estadual ou municipal em confronto com a Constituição Estadual ou Lei Orgânica do Distrito Federal. 2. Este Tribunal

de Justiça possui competência para apreciar e julgar arguição de inconstitucionalidade de lei distrital confrontada com a LODF, ainda que o dispositivo adotado como parâmetro reproduza literalmente preceito da Carta Magna. A competência do Supremo Tribunal Federal remanesce preservada e será exercida a posteriori, caso haja a interposição de Recurso Extraordinário. Preliminar rejeitada.(...)

(Acórdão n.558315, 20110020086586ADI, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 18/10/2011, Publicado no DJE: 19/03/2015. Pág.: 54 - grifo nosso)

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 5.122/13. INSTITUI AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. DIREITO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 14 DA LODF. FUNDAMENTOS INICIAIS. CAUSA DE PEDIR ABERTA. PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA. I - Como a ação direta de inconstitucionalidade é regida por causa de pedir aberta e a defesa da ordem constitucional é exercida em processo de natureza objetiva, não está o Julgador adstrito aos fundamentos adotados pela autora na petição inicial. Rejeitada a ofensa aos arts. 53, 71, §1º, inc. IV, e 100, incisos VI e X, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal. II - **Há inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 14 da LODF, que confere ao Distrito Federal as competências legislativas que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal.** III - Julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital 5.122/13. (Acórdão n.742058, 20130020173247ADI, Relator: VERA ANDRIGHI CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 19/11/2013, Publicado no DJE: 12/12/2013. Pág.: 100 - grifo nosso)*

Ademais, tratando-se de benefício fiscal incidente sobre a receita do ICMS, não se pode ignorar a exigência constitucional de celebração de convênio entre os Estados e DF, no âmbito do CONFAZ, requisito esse cuja observância também está expressa no texto da LODF:

Art. 131. As isenções, anistias, remissões, benefícios e incentivos fiscais

que envolvam matéria tributária e previdenciária, inclusive as que sejam objeto de convênios celebrados entre o Distrito Federal e a União, Estados e Municípios, observarão o seguinte:(...)

Parágrafo único. Os convênios celebrados pelo Distrito Federal na forma prescrita no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal, deverão observar o que dispõe o texto constitucional e legislação complementar pertinente. (grifo nosso)

Art. 135. O Distrito Federal fixará as alíquotas do imposto de que trata o artigo anterior para as operações internas, observado o seguinte: (...)

§ 5º Observar-se-á a **lei complementar federal** para: (...)

VII - regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (grifo nosso)

Desse modo, muito embora o exercício da competência legislativa concorrente também esteja regulado na Constituição Federal, existem normas na LODF a dispor sobre o tema, o que autoriza o questionamento suscitado na presente ADI e atrai a competência desta Corte de Justiça para o exame do feito, nos termos do artigo 8º, inciso I, alínea "n", da Lei n. 11.697/2008 (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal), *in litteris*:

Art. 8º Compete ao Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar originariamente:

(...)

n) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica;

Mais: o art. 8º, § 2º, III, do citado diploma legal dispõe que é parte legítima para propor a ação direta de inconstitucionalidade o Procurador-Geral de Justiça. De sua vez, reza o art. 13, I, "k", do RITJDFT que compete ao Conselho Especial desta colenda Corte de Justiça processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo distrital em face da Lei

Orgânica do Distrito Federal.

Portanto, **rejeito a preliminar.**

Dou a conhecer o inteiro teor da Lei Distrital n. 5.745/2016:

LEI Nº 5.745, DE 09 DE DEZEMBRO DE 2016

Publicada no DODF nº 237, de 19/12/2016. Págs. 2 e 3.

Dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS nas operações com a cesta básica de alimentos.

O PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL promulga, nos termos do § 6º do art. 74 da Lei Orgânica do Distrito Federal, a seguinte Lei, oriunda de Projeto vetado pelo Governador do Distrito Federal e mantido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal:

Art. 1º Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de forma que a carga tributária efetiva seja de 7%, para as operações internas com arroz, feijão, macarrão espaguete comum, óleo de soja, farinha de mandioca e de trigo, açúcar e carne bovina, bufalina, caprina, ovina e suína, bem como as carnes resultantes do abate simplesmente resfriadas ou congeladas.

Parágrafo único. Para fins de cumprimento do estabelecido no art. 131, I, da Lei Orgânica do Distrito Federal, o prazo do benefício de que trata este artigo fica limitado a 31 dezembro de 2019.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 2016

DEPUTADO JUAREZÃO

Vice-Presidente no exercício da

Presidência (grifo nosso)

Quanto ao **mérito da demanda**, assim se manifestou a d. Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 58-64, *in verbis*:

(...) No mérito, conforme demonstrado na petição inicial, impõe-se o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma impugnada.

A lei distrital em análise veicula hipótese de redução de base de cálculo do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, especificamente em relação a itens integrantes da cesta básica de alimentos.

Tal desoneração insere-se, à evidência, na seara do Direito Tributário, que, por disposição constitucional (art. 24, I), é arrolada dentre as matérias às quais compete à União, Estados e Distrito Federal legislar **concorrentemente**.

Nessa conformação, cumpre à União o estabelecimento das normas gerais e aos Estados e Distrito Federal o exercício da competência legislativa suplementar, adaptando as regras gerais às suas peculiaridades.

Nessa hipótese, é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição claramente indicada por ela.

Significa dizer que, nos termos utilizados pelo Ministro Celso de Mello[5]: "os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo "ultra vires", transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (...).

Com essa premissa em vista, é certo que, se a prerrogativa sobre o alcance da regulação sobre determinado tema é da União, revelar-se-á inconstitucional, por usurpação de sua competência, norma estadual, municipal ou distrital que legislar de forma autônoma sobre matéria idêntica. No que concerne às hipóteses de **retroatividade** da lei tributária, é o Código Tributário Nacional que, em seu artigo 106, fixa os princípios, as diretrizes e os critérios gerais desta forma de aplicação legal, sendo, portanto, **típica norma geral de direito tributário**, critério básico a ser aplicado

uniformemente, que não pode ser alterada ou desconsiderada por lei distrital, sob pena de se estabelecer regime distinto daquele fixado em lei de alcance nacional.

*De acordo com os termos gerais prefixados pelo Código Tributário Nacional,"a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116" (art. 105), sendo aplicável a ato ou fato pretérito **apenas** nas seguintes hipóteses (art. 106):*

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

*No ponto, a doutrina especializada é bastante clara ao restringir a aplicação **retroativa** da lei tributária aos casos arrolados no artigo 106 do Código Tributário Nacional. Confira-se, a propósito, a lição de BALEEIRO (2015): "Em caráter excepcional, que, por isso mesmo, só abrange os casos especificados expressamente, o CTN, no art. 106, arrola as hipóteses em que a lei fiscal se aplica a atos ou fatos ocorridos antes de sua vigência. Isso ocorre quando o dispositivo, que dá interpretação autêntica a outro ou outros de lei anterior, exclui penalidade desta, e ainda, quando assume a característica delex mitior".*

No mesmo sentido, calha transcrever o magistério de PAULSEN (2014)[7], quando obtempera:

*"**Irretroatividade x retroatividade.** A lei tributária tem de observar, quanto à instituição de tributos, a garantia da irretroatividade, estampada no art. 150, III, a, da Constituição Federal, aplicando-se, pois, aos fatos geradores ocorridos a partir de sua vigência, que, por sua vez, está condicionada pela anterioridade geral e/ou mínima (art. 150, III, b e c, da CF) ou especial (art. 195, § 6º, da CF), conforme se trate de tributos em geral ou especificamente de contribuições para a Seguridade Social. As demais leis tributárias também são, normalmente, prospectivas, forte no art. 105 do CTN. **O art.***

106 do CTN traz casos excepcionais de retroatividade em situações não gravosas para o contribuinte.

SÉRGIO F. CÔRREA (2011)[8], em comentários ao artigo 106 do CTN, igualmente enfatiza que:

"As distintas hipóteses aptas a permitir que se aplique a lei quanto a atos ou fatos a ela anteriores, **sempre em benefício do contribuinte, devem ser consideradas exaustivas**, tendo em conta que tal se insere no campo da exceção. A regra, porém, é de que a lei não retroage".

Constata-se, desse modo, que **não se encontra no rol taxativo enunciado pelo art. 106 do CTN** a novel hipótese de redução de base de cálculo de tributo instituída pelo legislador distrital, de forma que o disposto na parte final do artigo 2º da Lei ordinária distrital nº 5.745/2016, ao determinar a **incidência retroativa dos efeitos da redução da base de cálculo do ICMS** sobre itens da cesta básica, **findou por extrapolar** e desprezar a determinação veiculada pela União no exercício de sua competência legislativa concorrente de fixar **normas gerais** acerca de Direito Tributário. Cumpre ressaltar que os Estados-membros e o Distrito Federal, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como o Código Tributário Nacional), não podem ultrapassar os limites de sua competência legislativa de caráter **suplementar-complementar**, o que, uma vez verificado, implica em **ofensa frontal e direta** não apenas ao texto da Carta Política Federal como também, e no que aqui interessa, ao da própria Lei Orgânica do Distrito Federal.

Em sede de controle concentrado distrital, referida violação frontal e direta dar-se-á, como já destacado, com relação ao disposto no **artigo 14 da Lei Orgânica do Distrito Federal**, paradigma de confronto explicitamente vulnerado, que assim preconiza: "Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, cabendo-lhe exercer, em seu território, todas as competências **que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal**" (grifos acrescentados).

Assim, ao contrariar disposições próprias de, repita-se, competência normativa privativa da União, a lei objurgada vulnerou o artigo 14 da LODF, pois deixou de observar diretamente o espaço de competência normativa assegurado ao Distrito Federal pela Constituição da República e, no que aqui importa, pela Lei Orgânica do Distrito Federal.

Cumpre rememorar que a Constituição da República estabelece que "A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a

competência suplementar dos Estados" (art. 24, § 2.º). Mas aqui também merece destaque a previsão da LODF, em seu artigo 17, §1º, que fixa o seguinte paradigma de confronto violado pelo diploma normativo impugnado: "**O Distrito Federal, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União**". Vê-se, pois, que, ao determinar a **aplicação retroativa da legislação tributária em questão fora das hipóteses excepcionalmente admitidas pela norma geral (CTN)**, o legislador distrital incidiu em situação de manifesta incompatibilidade vertical com o paradigma de confronto representado não só pelo inciso I e § 2º do artigo 24 da Constituição Federal, como também aos artigos 14 e 17, §1º da Lei Orgânica distrital, motivo suficiente a ensejar a declaração de sua **inconstitucionalidade parcial**.

Como se tal não bastasse, extrai-se do diploma normativo impugnado violação patente a uma das regras constitucionais fundamentais de proteção ao Sistema Federativo, consubstanciada na **proibição de concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a expressa autorização em convênio** entre os Estados e o Distrito Federal, a ser firmado no âmbito do **Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ**, entidade criada com a competência para tal mister.

A vedação decorreu da estrutura adotada pela Carta Magna ao instituir o ICMS com características próprias para operacionalizar seu sistema federativo, como escopo de estabelecer regras para a boa convivência entre os Estados e o Distrito Federal, ao **limitar o poder de autogestão, tanto na imposição, quanto na concessão de benefícios de ICMS**, principalmente considerando-se que há um relacionamento entre Estados ricos e pobres e o poder econômico é fator preponderante no seu equilíbrio. Referida regra restou positivada pelo artigo 155, §2º, inciso XII, letra g, da Constituição Federal, **reproduzido, por absorção compulsória (norma federativa), no artigo 135, [§5º], inciso VII, da Lei Orgânica do Distrito Federal**, cujo alcance tem sido assim interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, verbis:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO A PROFESSORES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE (ART. 24, IX, DA CRFB/88). COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (ART. 1º,

V, DA CRFB/88). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIO FISCAL RELATIVO AO ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL (ART. 155, § 2º, XII, 'g', da CRFB/88). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, COM EFEITOS EX NUNC.

1. O princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal.

2. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988.

3. A competência legislativa de Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (art. 24, IX, da CRFB/88) autoriza afixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores, em aprimoramento do sistema regional de ensino.

4. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, §2º, XII, 'g', da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

5. In casu, **padece de inconstitucionalidade** o art. 3º da Lei nº 11.743/02, do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto concessiva de **benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal**, caracterizando hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente, conferindo à decisão efeitos ex nunc, a partir da publicação da

ata deste julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99)[9].

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. REMISSÃO, MEDIANTE DECRETO DO GOVERNADOR DE ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. PRECEDENTES.

1. Ajurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-seno sentido de que a concessão de benefícios fiscais relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pressupõe não somente a autorização por meio de convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal, nos termos da Lei Complementar nº 24/1975, mas também da edição de lei em sentido formal de cada um daqueles entes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento[10].

O benefício da redução da base de cálculo do ICMS para as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica foi devidamente autorizado pelos Estados e Distrito Federal, nos termos do disposto no Convênio nº128/947, firmado no âmbito do CONFAZ, cujo teor ora se transcreve:

CONVÊNIO ICMS 128/94

Dispõe sobre tratamento tributário para as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica.

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 28ª Reunião Extraordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 20 de outubro de 1994, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira

Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

§ 1º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do artigo 32 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, nas operações

de que trata o caput desta cláusula.

§ 2º A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas pela legislação de cada unidade federada.

Cláusula segunda

O disposto neste Convênio não se aplica às unidades federadas que tenham adotado, até a data deste Ato, para as operações internas, carga tributária inferior a 12% (doze por cento) e em relação, somente, ao produto beneficiado com a referida redução.

Cláusula terceira

Fica convalidado o procedimento adotado pelas unidades da Federação, no tocante à redução da carga tributária dos produtos que compõem a cesta básica, até a data do início da vigência deste Convênio.

Cláusula Quarta

Este Convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, ficando revogado o Convênio ICMS 139/93, de 9 de dezembro de 1993.

Brasília, DF, 20 de outubro de 1994.

Sem embargo de referida autorização, é evidente que o benefício fiscal de redução de carga tributária incidente sobre itens da cesta básica **em momento algum foi permitido pelo referido convênio de forma retroativa (ex tunc)**, para incidir relativamente a fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Como evidenciado, a incidência da norma tributária se dá, via de regra, **imediatamente** em relação aos fatos geradores futuros e aos pendentes, sendo a produção de efeitos retroativos hipótese excepcionalmente permitida por normas gerais de direito tributário (CTN), **dentre as quais não se situa a descrita na parte final do artigo 2º da Lei distrital nº 5.745/2016.**

Em assim sendo, somente uma conclusão é possível no presente feito: a de que padece de vício insanável de **inconstitucionalidade formal orgânica** (por usurpação de competência legislativa privativa da União) a expressão "produzindo efeitos a partir de janeiro de 2016" constante no artigo 2º da Lei distrital nº 5.745/2016, porquanto concessiva de benefício fiscal de **ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal**, a caracterizar hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal entre entes políticos federados, em desarmonia com as normas da

Constituição Federal e da LODF". (...) - grifos no original, colchete nosso.

Tenho por inteiramente procedentes os fundamentos em que se apoia o parecer em questão, motivo pelo os adoto, com a devida vênia de seu subscritor, como razão de decidir.

Com efeito, de acordo com a sistemática constitucional, tratando-se de competência legislativa concorrente, a União estabelecerá normas gerais, verdadeiras diretrizes a serem observadas nacionalmente, sendo possível aos Estados e ao Distrito Federal, por sua vez, suplementarem tais normas, a fim de atender suas especificidades, consoante dispõe a Carta Magna, no art. 24, I, parágrafos 1º a 4º:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

*I - direito **tributário**, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;*

(...)

*§ 1º **No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.***

*§ 2º **A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.***

*§ 3º **Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.***

*§ 4º **A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.**(grifo nosso)*

Apenas na ausência de lei federal sobre normas gerais, é que os Estados-membros exercerão, temporariamente, a competência legislativa plena para cuidar das matérias elencadas no art. 24 da CF. Nada obstante, sobrevindo lei federal sobre normas gerais, a legislação estadual/distrital terá sua eficácia suspensa, no que lhe for contrário.

Sobre a competência legislativa concorrente, Pedro Lenza (*in* Direito constitucional esquematizado. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 495) esclarece:

*(...) no âmbito da legislação concorrente, como vimos, a União limita-se a estabelecer normas gerais e os Estados, normas específicas. No entanto, em caso de inércia legislativa da União, os Estados poderão suplementá-la, regulamentando as regras gerais sobre o assunto, sendo que, na superveniência de lei federal sobre norma geral, a aludida norma estadual geral (suplementar) terá sua eficácia suspensa, no que for contrária à lei federal sobre normas gerais editadas posteriormente. Assim, poderíamos, conforme a doutrina, dividir a competência suplementar em duas, a saber: **a) competência suplementar complementar - na hipótese de já existir lei federal sobre a matéria, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal (na competência estadual) simplesmente completá-las** ; **b) competência suplementar supletiva - nessa hipótese inexistente a lei federal, passando os Estados e o Distrito Federal (na competência estadual), temporariamente, a ter a competência plena sobre a matéria;** (grifo nosso)*

No caso, a previsão da retroatividade do benefício fiscal concedido pela Lei distrital 5.745, de 9/12/2016 não encontra respaldo na regra do art. 106 do Código Tributário Nacional, que disciplina, de modo exaustivo, as hipóteses de aplicação retroativa da legislação tributária.

Não remanesce qualquer dúvida de que o CTN, na condição de norma geral de direito tributário estabelecida pela União no exercício da competência legislativa concorrente, deve ser observado pelos demais entes federados, em homenagem ao pacto federativo.

Essa obrigatoriedade de observância do sistema de repartição constitucional de competência legislativa está sedimentada nos arts. 14, 17, I e §1º, 126, IV e 126-A, I, todos da LODF, assim como a exigência de submissão à lei complementar federal, com a necessidade de celebração de convênio no âmbito do CONFAZ, no que tange à concessão de benefício fiscal referente ao ICMS (LODF, arts. 131, parágrafo único, e 135, §5º, VII).

Na espécie, apesar da existência do Convênio ICMS n. 128/94, autorizando a concessão de benefício fiscal relativamente ao citado tributo, no que concerne a mercadorias componentes da cesta básica, não houve previsão de retroatividade da benesse quando da edição, pelos entes federados, das respectivas leis concessivas do benefício.

Assim, não está ao alvedrio do Distrito Federal, ao editar a lei de concessão do citado benefício tributário, designar data retroativa para sua incidência, ultrapassando os limites de exercício de sua competência legislativa em matéria de direito tributário.

Nessa perspectiva, procede o pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 2º da Lei distrital n. 5.745/2016, para excluir da norma a expressão "*produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016*".

Da modulação dos efeitos

A Mesa da Câmara Legislativa do DF pleiteia a **modulação dos efeitos temporais** da declaração de inconstitucionalidade, a fim de que se conceda eficácia *ex-nunc* ao julgado, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

Esse pleito, todavia, não merece acolhida.

Isso porque não se vislumbra razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos pretendida.

Como bem destacou a requerente, na petição inicial, o reconhecimento da inconstitucionalidade da concessão **retroativa** do benefício fiscal previsto na Lei n. 5.745/2016 não implicará prejuízo aos consumidores de cestas básicas no DF, porquanto se mantém incólume a aplicabilidade do benefício aos fatos geradores consumados após a vigência da norma, sendo certo que a medida contribuirá para o equilíbrio fiscal do DF, impedindo a indevida perda de receita tributária quanto aos fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2016 e a data da vigência da norma em questão.

Sobre o tema, colho precedentes deste e. Tribunal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES DISTRITAIS 44/97 e 70/98. USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. OFENSA À LODF.

I - As Leis Complementares Distritais 44/97 e 70/98, oriundas de projetos de lei de autoria de Deputado Distrital e de Bancada Parlamentar, ofendem os arts. 3º, inc. XI, 52, 100, inc. VI e 321, todos da LODF, pois não observada a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo referente ao uso e ocupação do solo no Distrito Federal, o que caracteriza a inconstitucionalidade formal das normas impugnadas, por vício de iniciativa.

II - Inaplicável a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando não demonstradas as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, art. 128 do RITJDFT.

III - Julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade formal das Leis Complementares Distritais 44/97 e 70/98.(Acórdão n.887203, 20150020031846ADI, Relator: VERA ANDRIGHI, Conselho Especial, Data de Julgamento: 07/07/2015, Publicado no DJE: 17/08/2015. Pág.: 12) (grifo nosso);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES nº 83/98, 138/98, 168/98, 197/99 E LEIS ORDINÁRIAS nº 870/95, 1.011/96, 1.257/96, 1.374/97, 1.385/97, 1.689/97, 2.026/98, 2.063/98. USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. PLANALTINA. VÍCIO DE ORDEM FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INAPLICABILIDADE.

(...)

3. Não se tem como aplicar a modulação dos efeitos quando não demonstrado no que consistiriam as razões de excepcional interesse social ou segurança jurídica, calcada a pretensão em alegação genérica.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar, com eficácia erga omnes e efeitos ex tunc, a inconstitucionalidade das Leis complementares nº 83/98, 138/98, 168/98, 197/99, bem como das Leis nº 870/95, 1.011/96, 1.257/96; 1.374/97, 1.385/97, 1.689/97, 2.026/98 e 2.063/98, frente aos artigos 3º, inciso XI; 52; 100, inciso VI e 321, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal.(Acórdão n.824040, 20140020035014ADI, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Conselho Especial, Data de Julgamento: 23/09/2014, Publicado no DJE: 16/04/2015. Pág.: 10) (grifo nosso).

Portanto, inafastável a atribuição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na presente ação para declarar a inconstitucionalidade formal da expressão "produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016", contida na parte final do art. 2º

da Lei distrital n. 5.745/2016, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

Comunique-se ao Exm. Sr. Governador do Distrito Federal, ao Exmo. Sr. Presidente da Câmara Legislativa do DF e a todos os que atuaram no processo, conforme dispõe o art. 25 da Lei n. 9.868/99.

Custas de lei. Sem honorários.

É como voto.

[1] Art. 17. Compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º O Distrito Federal, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União.

[2] Art. 14. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, cabendo-lhe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal.

[3] Art. 126. O sistema tributário do Distrito Federal obedecerá ao disposto no art. 146 da Constituição Federal, em resolução do Senado Federal, nesta Lei Orgânica e em leis ordinárias, no tocante a:

(...)

IV - obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

[4] Art. 126-A. Ao sistema tributário do Distrito Federal aplica-se o seguinte:

I - as normas gerais aplicáveis aos diferentes impostos e demais tributos são objeto do código tributário;

[5] STF ADI nº 2.903/PB, rel.Min. Celso de Mello, Pleno, Dle-177 DIVULG T8-09-2008 PUBLIC 19-09-2008.

[6] BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi. 13.ed. Rio de Janeiro. Forense. p. 1038.

[7] PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 16.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2014.p. 961.

[8] CORRÊA, Sérgio Feltrin. In: **Código Tributário Nacional comentado**: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive 1CMS e 1551/

coordenador Vladimir Passos de Freitas. 5.ed.rev., atual, e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

dos Tribunais, 2011.

[9] STF - ADI nº 2663/RS, rel. Min. Luiz Fux, Pleno. DJe- 1 12 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017.

[10] STF - RE nº 579.630 AgR/RN, rel. Min. Roberto Barroso, 10 T., DJe-207 DIVULG 27-09-2016 PUBLIC 28-09-2016.

O Senhor Desembargador HUMBERTO ULHÔA - Vogal

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal no intuito de ver declarada a inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, da parte final do art. 2º da Lei distrital nº 5.745/2016, ao argumento de que tal ato normativo viola os arts. 14, 17, inc. I e § 1º, 126, *caput* e IV, 126-A, inc. I e 131, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal - LODF.

Informa o autor, em síntese, que a lei impugnada, oriunda de projeto de lei de iniciativa parlamentar, dispõe sobre hipótese de redução de base de cálculo do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, especificamente com relação aos itens que integram a cesta básica de alimentos.

Aduz que a expressão "produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016", contida no art. 2º do citado diploma legal, é inconstitucional pois concede efeitos retroativos a benefício tributário, o que constitui usurpação da competência da União para fixar normas gerais em tal matéria, violando, assim, o art. 14 da LODF.

Ressalta que o ato normativo também ofende as regras constitucionais de proteção ao sistema federativo, na medida em que concede benefício fiscal retroativo de ICMS sem expressa autorização em convênio firmado entre os Estados e o Distrito Federal no âmbito do Confaz, nos termos do art. 155, § 2º, inc. XII, "g", da CF e do art. 135, VII, da LODF.

Requer a suspensão liminar da expressão contida na parte final da norma atacada, até o julgamento final da presente demanda. No mérito, pugna pela procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade da parte final do art. 2º

da Lei distrital nº 5.745/2016, face à violação aos arts. 14, 17, inc. I e § 1º, 126, *caput* e IV, 126-A, inc. I e 131, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal - LODF.

A Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal apresentou informações arguindo a preliminar de incompetência desse eg. Tribunal para julgamento do feito, ao argumento de que o parâmetro de controle estabelecido pelo autor é o art. 24, inc. I, § 2º, da Constituição Federal. No mérito, pugna pela improcedência do pedido, e, subsidiariamente, a concessão de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

O Governador do DF prestou informações atestando a inconstitucionalidade da norma objeto do feito, face à violação ao art. 126-A, inc. I, e art. 128, III, da LODF.

A Procuradora-Geral do Distrito Federal, na qualidade de curadora do ato normativo impugnado, manifestou-se pela inconstitucionalidade da parte final do art. 2º da Lei distrital nº 5.745/2016, vez que a aplicação retroativa dos benefícios fiscais extrapola os limites da autorização contida no Convênio n. 128/1994.

O Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, manifestou-se pelo conhecimento da ação e pela procedência do pedido.

É a síntese do que interessa.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que, conforme pacífica jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, acrescentou a alínea "n" ao inciso I do artigo 8º da Lei nº 8.185/91, que prevê a competência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para processar e julgar, originariamente, "*a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face da sua Lei Orgânica*".

Assim, e nos termos do dispositivo legal supracitado, o controle abstrato das leis distritais ou atos normativos em face da Lei Orgânica do Distrito Federal compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Na hipótese, a Câmara Legislativa do Distrito Federal argui a incompetência dessa e. Corte de Justiça para julgamento do presente feito, argumentando que o verdadeiro parâmetro a ser considerado para o exame da constitucionalidade da Lei distrital nº 5.745/2016 é o art. 24, inc. I, e § 2º, da CF, sendo meramente reflexa a afronta aos arts. 14, 17, § 1º e 135, § 5º, inc. VII, da LODF.

Contudo, a simples leitura da inicial permite concluir que o autor, ao alegar que a Lei distrital nº 5.745/2016 usurpa competência da União para fixar

normas gerais em matéria tributária, acaba por imputar-lhe uma afronta direta aos arts. 14, 126, inc. IV, 126-A, inc. I, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal - LODF. Logo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é competente para julgamento da ADI em questão.

Além do mais, versando a lei sobre benefício fiscal incidente sobre a receita de ICMS, é imperiosa a celebração de convênio entre Estados e DF, matéria que é objeto dos arts. 131 e 135, § 5º, inc. VII, da LODF.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Todo o objeto do feito gira em torno da constitucionalidade da parte final do art. 2º da Lei distrital nº 5.745/2016, ao argumento de que tal ato normativo, ao conceder efeitos retroativos a benefício tributário, usurpa a competência da União para fixar normas gerais em tal matéria, violando, assim, o art. 14 da LODF.

Transcrevo o citado diploma legal, *verbis*:

LEI Nº 5.745, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2016

(Autoria do Projeto: Deputada Liliane Roriz)

Dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS nas operações com a cesta básica de alimentos.

O PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL promulga, nos termos do § 6º do art. 74 da Lei Orgânica do Distrito Federal, a seguinte Lei, oriunda de Projeto vetado pelo Governador do Distrito Federal e mantido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal:

Art. 1º Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de forma que a carga tributária efetiva seja de 7%, para as operações internas com arroz, feijão, macarrão espaguete comum, óleo de soja, farinha de mandioca e de trigo, açúcar e carne bovina, bufalina, caprina, ovina e suína, bem como as carnes resultantes do abate simplesmente resfriadas ou congeladas.

Parágrafo único. Para fins de cumprimento do estabelecido no art. 131, I, da Lei Orgânica do Distrito Federal, o prazo do benefício de que trata este artigo fica limitado a 31 dezembro de 2019.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 2016

DEPUTADO JUAREZÃO

Vice-Presidente no exercício da Presidência

A simples leitura dos dispositivos transcritos demonstra que a lei objeto da presente ação veicula hipótese de redução da base de cálculo do ICMS com relação aos itens que compõem a cesta básica de alimentos, matéria de direito tributário cuja competência legislativa é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, nos termos do art. 24, inciso I, da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico";

Em se tratando de competência legislativa concorrente, cabe à União fixar as regras gerais, restando aos Estados e ao Distrito Federal a competência legislativa suplementar, de modo que possam adaptar as regras gerais às peculiaridades locais.

Contudo, a Lei nº 5.745/2016 prevê que o benefício tributário da redução da base de cálculo do ICMS terá efeitos retroativos, em que pese o tema dos efeitos da lei tributária seja próprio das normas de natureza geral, editadas pela União, e que a retroação só seja admitida em casos especialíssimos. Nesse sentido, confira-se os arts. 105 e 106 do Código Tributário Nacional:

"Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei

vigente ao tempo da sua prática".

Indiscutível, portanto, que a lei em análise contrariou as normas gerais editadas pela União, vez que instituiu hipótese de retroação da lei tributária não prevista no art. 106 do CTN, violando, ainda, os arts. 14 e 17, § 1º, da LODF, *verbis*:

"Art. 14. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, cabendo-lhe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal.

(...)

Art. 17. Compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre:

(...)

§ 1º O Distrito Federal, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União".

Além do mais, a Lei nº 5.745/2016 concede benefício fiscal retroativo relativo ao ICMS sem que tal retroação esteja autorizada pelo Convênio nº 128/94, celebrado no âmbito do Confaz. Confira-se:

"CONVÊNIO ICMS 128/94

Dispõe sobre tratamento tributário para as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica.

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 28ª Reunião Extraordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 20 de outubro de 1994, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira

Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

§ 1º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do artigo 32 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, nas operações de que trata o caput desta cláusula.

§ 2º A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas pela

legislação de cada unidade federada.

Cláusula segunda

O disposto neste Convênio não se aplica às unidades federadas que tenham adotado, até a data deste Ato, para as operações internas, carga tributária inferior a 12% (doze por cento) e em relação, somente, ao produto beneficiado com a referida redução.

Cláusula terceira

Fica convalidado o procedimento adotado pelas unidades da Federação, no tocante à redução da carga tributária dos produtos que compõem a cesta básica, até a data do início da vigência deste Convênio.

Cláusula quarta

Este Convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, ficando revogado o Convênio ICMS 139/93 de 9 de dezembro de 1993.

Brasília, DF, 20 de outubro de 1994.

Sobre tema semelhante ao discutido na presente ação, confira-se a jurisprudência do colendo STF:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO A PROFESSORES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE (ART. 24, IX, DA CRFB/88). COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (ART. 1º, V, DA CRFB/88). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIO FISCAL RELATIVO AO ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL (ART. 155, § 2º, XII, 'g', da CRFB/88). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. PROCEDÊNCIA

PARCIAL DO PEDIDO, COM EFEITOS EX NUNC. 1. O princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal. 2. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988. 3. A competência legislativa de Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (art. 24, IX, da CRFB/88) autoriza a fixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores, em aprimoramento do sistema regional de ensino. 4. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional. 5. **In casu, padece de inconstitucionalidade o art. 3º da Lei nº 11.743/02, do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto concessiva de benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal, caracterizando hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988.** 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente, conferindo à decisão efeitos ex nunc, a partir da publicação da ata deste julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99)". (ADI 2663, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS.

REMISSÃO, MEDIANTE DECRETO DO GOVERNADOR DE ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. PRECEDENTES. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a concessão de benefícios fiscais relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pressupõe não somente a autorização por meio de convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal, nos termos da Lei Complementar nº 24/1975, mas também da edição de lei em sentido formal de cada um daqueles entes.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento". (RE 579630 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, DJe-207 DIVULG 27-09-2016 PUBLIC 28-09-2016)

A Mesa da Câmara Legislativa pretende que sejam concedidos efeitos *ex nunc* ao presente julgado.

Contudo, na hipótese, não há razões de segurança social ou excepcional interesse público que justifiquem a modulação dos efeitos da decisão proferida no presente feito.

A inconstitucionalidade da concessão retroativa do benefício fiscal previsto na Lei distrital nº 5.745/2016 não traz prejuízos aos consumidores da cesta básica do DF na medida em que mantém incólume a redução do ICMS, evitando, apenas, a perda de receita tributária relativa aos fatos geradores ocorridos entre 1/1/2016 e a data em que iniciada a vigência da lei em questão.

Forte em tais considerações, e caracterizado o vício de inconstitucionalidade apontado pelo autor, admito a presente ação direta e julgo **PROCEDENTE O PEDIDO** deduzido na inicial para proclamar, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, **a inconstitucionalidade da expressão "produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016"**, contida na parte final do art. 2º da Lei Distrital nº 5.745/16.

É como voto.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

A Senhora Desembargadora ANA MARIA AMARANTE - Vogal

Em preliminar de incompetência o il. Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal arguiu pela incompetência desta Corte para apreciar e julgar a ADI em questão, sob o fundamento de que a Lei distrital nº. 5.745/16 teria afrontado diretamente a Constituição Federal no seu artigo 24, §2º, inciso II. Tal raciocínio não merece prosperar.

Primeiramente, cumpre ressaltar que a causa de pedir trazida na exordial em apreço traz inequivocamente as normas da Lei Orgânica do Distrito Federal violadas pela Lei Distrital e, ainda que a matéria reclame análise de dispositivos constitucionais e do Código Tributário, encontra eco nos dispositivos da LODF (arts. 14; 17, I e §1º; 126, *caput* e IV; 126-A, I e 131, todos da LODF)

Ademais, conforme entendimento desposado por este órgão julgador, "o fato dos dispositivos violados guardarem identidade com outros insertos na Constituição Federal (Princípio da Simetria) não retira dos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal a competência para processar e julgar a constitucionalidade da norma local, em sede de controle abstrato" (ADI 2008.00.2.016881-0, reg. ac. nº 375547, Rel. SÉRGIO BITTENCOURT, DJ-e 23/09/2009).

Portanto, rejeita-se a preliminar aventada firme na competência desta Corte para julgamento da Ação de Inconstitucionalidade em tela.

Presentes os pressupostos de admissibilidade da ação dela se conhece.

Conforme exarado pelo douto Relator, cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, com pedido de medida cautelar, almejando a declaração de inconstitucionalidade parcial, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, do artigo 2º da Lei Distrital nº. 5.7.45/16, para retirar a expressão "produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016". Relaciona como parâmetros de controle os artigos 14; 17, I e §1º; 126, *caput* e IV; 126-A, I; 131 e 135, VII, todos da Lei Orgânica do Distrito Federal e Territórios.

Sustenta o Requerente, em síntese, que a lei ao determinar a incidência retroativa dos efeitos da redução da base de cálculo do ICMS, sob itens

da cesta básica, extrapolou os limites da competência legislativa de caráter suplementar prevista no texto constitucional e na Lei de Organização do Distrito Federal, incorrendo em inconstitucionalidade insanável.

Eis o referido diploma legal, *in verbis*:

LEI Nº 5.745, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2016

(Autoria do Projeto: Deputada Liliane Roriz)

Dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS nas operações com a cesta básica de alimentos.

O PRESIDENTE DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL promulga, nos termos do § 6º do art. 74 da Lei Orgânica do Distrito Federal, a seguinte Lei, oriunda de Projeto vetado pelo Governador do Distrito Federal e mantido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal:

Art. 1º Fica reduzida a base de cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de forma que a carga tributária efetiva seja de 7%, para as operações internas com arroz, feijão, macarrão espaguete comum, óleo de soja, farinha de mandioca e de trigo, açúcar e carne bovina, bufalina, caprina, ovina e suína, bem como as carnes resultantes do abate simplesmente resfriadas ou congeladas.

Parágrafo único. Para fins de cumprimento do estabelecido no art. 131, I, da Lei Orgânica do Distrito Federal, o prazo do benefício de que trata este artigo fica limitado a 31 dezembro de 2019.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação **produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de dezembro de 2016

Analisando o cerne da questão, observa-se que a Lei Distrital em análise ao utilizar a expressão "produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016"

adota uma aplicação retroativa da legislação tributária.

Para examinar a viabilidade dessa retroatividade deve-se cotejar o art. 24, I, da Constituição Federal, que estabelece a competência da União em fixar normas gerais em matéria de Direito Tributário, com o art. 14 e 17 da Lei Orgânica do Distrito Federal, *in verbis*:

Art. 14. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios, cabendo-lhe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal.

Art. 17. Compete ao Distrito Federal, concorrentemente com a União, legislar sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

§ 1º O Distrito Federal, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União.

Ora, conforme reconhece os artigos 126, *caput* e inciso IV, e 126-A, inciso I, da LODF é da União a competência para fixar as diretrizes sobre Direito Tributário cabendo ao legislador distrital suplementar essas normas gerais. Nessa toada, o art. 106 do Código Tributário Nacional é o dispositivo legal apto a relacionar as hipóteses de retroatividade da lei tributária.

Segundo referido dispositivo:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer

exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Trata-se de rol exaustivo que não possibilita aos entes federativos a criação de novas conjecturas, e, como se vislumbra, por mais louvável que seja a iniciativa parlamentar de reduzir a base de cálculo referente a produtos da cesta básica, esta hipótese não está contemplada no dispositivo supracitado.

Soma-se a isso a necessidade de que eventual isenção siga as regras determinadas pelo CONFAZ com espeque nos artigos 155, §2º, XII da Constituição e nos artigos 131, inciso I e 135, §5º, inciso VII da LODF e na Lei Complementar nº 24/75 em seus artigos 1º e 10.

Nesse escopo, o Convênio nº 128/94 que aborda a isenção parcial de ICMS para itens que compõe a cesta básica aduz que:

Cláusula primeira

Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

§ 1º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do artigo 32 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, nas operações de que trata o caput desta cláusula.

§ 2º A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas pela legislação de cada unidade federada.

Cláusula segunda

O disposto neste Convênio não se aplica às unidades federadas que tenham adotado, até a data deste Ato,

para as operações internas, carga tributária inferior a 12% (doze por cento) e em relação, somente, ao produto beneficiado com a referida redução.

Cláusula terceira

Fica convalidado o procedimento adotado pelas unidades da Federação, no tocante à redução da carga tributária dos produtos que compõem a cesta básica, até a data do início da vigência deste Convênio.

Cláusula quarta

Este Convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, ficando revogado o Convênio ICMS 139/93, de 9 de dezembro de 1993.

Dessa feita, vislumbra-se que a eficácia retroativa que o art. 2º da Lei distrital nº. 5.745/16 concede à isenção parcial do ICMS sobre produtos da cesta básica extrapola os limites demarcados pelo convênio e termina por conceder benefícios fora dos limites deste acordo, colocando em risco a própria harmonia econômica e financeira entre os entes da federação que se busca preservar.

Nesse passo segue a jurisprudência do Pretório Excelso:

EMENTAS: 1. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito**

do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada "guerra fiscal". Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra "g", da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ. (ADI 4152, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00050)

Assim, a lei ao determinar a incidência retroativa dos efeitos da redução da base de cálculo do ICMS sobre itens da cesta básica ultrapassou os limites da competência legislativa distrital de caráter suplementar e a autorização contida no convênio padecendo de inconstitucionalidade formal.

Por fim, a despeito do pedido da nobre Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, atribuo efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade uma vez que não restaram demonstradas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social para a modulação dos efeitos temporais, nos termos do art. 128, do RITJDFT.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido para declarar a inconstitucionalidade parcial do artigo 2º da Lei Distrital nº. 5.745/16, excluindo a expressão "produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016", com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

O Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Vogal

Com o eminente Relator.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Vogal

Com o eminente Relator.

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS - Vogal

Com o eminente Relator.

O Senhor Desembargador FERNANDO HABIBE - Vogal

De acordo.

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador JOÃO TIMÓTEO - Vogal

Com o eminente Relator.

O Senhor Desembargador TEÓFILO CAETANO - Vogal

Com o eminente Relator.

A Senhora Desembargadora NILSONI DE FREITAS - Vogal

Com o eminente Relator.

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal

Com o eminente Relator.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador GETÚLIO MORAES OLIVEIRA - Vogal

Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, mas quero registrar uma situação colocada para que haja reflexão não desta Corte, mas do Supremo Tribunal Federal.

Na realidade, está óbvio, claro e manifesto, que há ofensa à Constituição Federal, em razão da repartição dos Poderes do Estado. A certa altura, isso sempre vigorou assim: quando se tratava de ofensa à norma prevista na Constituição Federal, de observância obrigatória pelos estados, o controle abstrato da constitucionalidade pertencia ao Supremo Tribunal Federal, até para evitar que os tribunais declarassem alguma inconstitucionalidade baseada em preceito obrigatório constante da constituição estadual, mas que repetisse uma norma de natureza obrigatória da Constituição Federal.

O STF, talvez por política judiciária [não sei explicar razoavelmente], após algumas discussões, tem entendido que existem as normas de repetição obrigatória e as de repetição facultativa. Neste caso, trata-se de repetição obrigatória, porque o modelo do Distrito Federal tem de corresponder ao modelo da Constituição Federal. Nesses casos, da nossa decisão cabe recurso extraordinário. Parece que isso aliviou a pauta naquela Corte, mas, de alguma forma, desprestigia os Tribunais, porque o controle concentrado, que, digamos, seria a última palavra no cotejo da ordem jurídica local, fica sujeito a um mero recurso extraordinário.

Essa questão tem sido muito debatida, os doutrinadores não são unânimes, mas, ultimamente, tem prevalecido esse entendimento no Supremo

Tribunal Federal. Mas, verdadeiramente, um dia a lógica fará com que se retorne ao leito lógico em que os tribunais estaduais só exerçam controle da constitucionalidade em abstrato das normas locais ou normas de imitação, não nos casos de normas de repetição obrigatórias.

Faço esse registro para não deixar essa matéria ficar em branco e talvez, numa pequena frase, para que o próprio Supremo Tribunal Federal possa debruçar-se sobre o assunto e trazer uma orientação mais segura para as cortes estaduais.

Acrescento mais um fato aludido da tribuna pelas manifestações e também pelo eminente Relator. É que a ofensa é ao convênio *CONFAZ*(Conselho Nacional de Política Fazendária), e todas essas ofensas aos convênios *CONFAZ* são diuturnamente decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Nem poderíamos decidir, porque tem estatura constitucional e envolve todos os entes da Federação, ou pelo menos todos aqueles subscritores.

Faço essa ressalva, com a transcrição da minha fala anterior e com essa adjunção que faço a respeito do convênio *CONFAZ*, para evitar, inclusive, o silogismo falso de que, se escapasse da competência da União para dizer que a competência é concorrente, poderia o Distrito Federal legislar e estabelecer a isenção para as cestas básicas, como o fez pelo período de um ano.

Todavia, diante dessa situação em que o STF ainda deve a todos os magistrados um norte ainda mais seguro a respeito dessas competências, com essas ressalvas, acompanho o Relator.

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal

Da preliminar de incompetência.

Em consonância com a Constituição Federal, a Lei Orgânica do DF dispõe sobre a competência concorrente do Distrito Federal com a União para legislar sobre direito tributário. A União é responsável por estabelecer as normas gerais, enquanto o Distrito Federal edita leis suplementares (art. 17, inciso I e § 1º, da LODF).

A inobservância, pelo Distrito Federal, dos limites estabelecidos no âmbito da competência concorrente, constitui afronta aos arts. 14, 126, IV e 126-A, I, todos da LODF, os quais determinam, no âmbito distrital, o respeito às normas da Constituição Federal sobre repartição de competência legislativa.

Assim, embora o exercício da competência legislativa concorrente também encontrar-se regulado no plano Constitucional, há normas na Lei Orgânica do DF sobre a matéria, o que permite o questionamento promovido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em apreço e, conseqüentemente, a competência do Eg. TJDFT (art. 8º, inciso I, alínea "n", da Lei n. 11.697/2008).

Portanto, rejeito a preliminar e admito o processamento da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Do mérito.

No caso, o sistema de repartição constitucional de competência legislativa permite que o Distrito Federal estabeleça normas suplementares sobre direito tributário, respeitando as normas gerais criadas pela União, conforme dispõem os arts. 14, 17, I e §1º, 126, IV e 126-A, I, todos da LODF.

A União, no âmbito da competência legislativa concorrente, editou as normas gerais sobre direito tributário através do Código Tributário Nacional, inclusive estabelecendo as hipóteses legais de aplicação retroativa de benefícios fiscais (art. 106 do CTN).

Contudo, a Lei Distrital nº. 5.745/2016 criou uma nova hipótese de retroatividade de benefício fiscal, usurpando a competência legislativa da União para elaborar normas gerais sobre direito tributário.

Além disso, é vedada a concessão de benefícios fiscais sem a expressa autorização em convênio entre os Estados e o Distrito Federal (arts. 131, parágrafo único, e 135, §5º, VII, ambos da LODF). Dessa forma, a estipulação de nova hipótese retroativa de benefício fiscal extrapola os limites da autorização do Convênio 128/94 do CONFAZ, pois em momento algum foi permitida a concessão da aludida benesse fiscal para incidir sobre fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Assim, o Distrito Federal, ao estabelecer data retroativa para a incidência da benesse fiscal, ultrapassou os limites de sua competência para legislar sobre direito tributário, devendo ser acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 2º da Lei distrital n. 5.745/2016, para excluir da norma a expressão "*produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016*".

Por fim, inviável a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pois não foram demonstradas as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e art. 160 do RITJDFT), uma vez que não haverá prejuízo aos consumidores de cestas básicas e a medida contribuirá para o equilíbrio fiscal do Distrito Federal.

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação para declarar a

inconstitucionalidade formal da expressão "*produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016*", contida na parte final do art. 2º da Lei distrital n. 5.745/2016, com efeito *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

É o voto.

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA- Vogal

Acompanho o eminente Relator.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL- Vogal

Acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA- Presidente e Vogal

Feitas as mesmas ressalvas do voto que proferi anteriormente (ADI 0-161916 e 0-221743) e agora em parte reeditadas pelo eminente Desembargador Getúlio Moraes Oliveira, eu teria a pretensão de dar o Tribunal como incompetente para julgar a matéria, porque a meu ver está subordinada à jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, no mérito, acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador WALDIR LEÔNIO JÚNIOR- Relator

Desembargador Romão C. Oliveira, no meu dispositivo está dito o seguinte: "*Julgo procedente o pedido formulado na presente ação para declarar a inconstitucionalidade formal da expressão...*", e eu reproduzo a expressão.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA- Presidente e Vogal

Então adapto o meu voto nesse ponto. O foco da nossa seta é a expressão "produzindo efeitos". Assim, deixo de mandar o meu texto para ser incluído no acórdão, porém mantenho aquela ressalva de que estou de acordo com o Desembargador Getúlio Moraes Oliveira.

Quanto ao mérito, acompanho o eminente Relator, na esperança de que o Supremo Tribunal Federal não daria solução diversa.

DECISÃO

Admitida e julgada procedente, nos termos do voto do Relator.
Unânime.