

30/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.467 MARANHÃO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DE CRÉDITO PRESUMIDO. INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO INTERESTADUAL (ARTIGO 155, § 2º, XII, g, da CRFB/88). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. 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 artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

2. *In casu*, padecem de inconstitucionalidade os dispositivos impugnados da Lei 10.259/2015 do Estado do Maranhão, porquanto concessivos de benefícios fiscais de ICMS sem atendimento à exigência constitucional (artigo 155, § 2º, XII, g).

3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado **PROCEDENTE**, conferindo à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (artigo 27 da Lei 9.868/99).

ADI 5467 / MA

ACÓRDÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 23 a 29/8/2019, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "*crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação*" constante do *caput* do artigo 2º, bem como da integralidade de seu § 1º, todos da Lei 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, conferindo à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (29/3/2017), quando restou suspensa a aplicação dos dispositivos aqui declarados inconstitucionais (artigo 27 da Lei 9.868/99), nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio quanto à modulação dos efeitos da decisão. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 30 de agosto de 2019.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

30/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.467 MARANHÃO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
MARANHÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Solidariedade (SD), tendo por objeto a expressão “*crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação*” do *caput* do artigo 2º e a integralidade de seu § 1º, todos da Lei 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, por alegada ofensa ao artigo 155, § 2º, XII, “g”, da CRFB/88.

Eis o inteiro teor dos dispositivos, *verbis*:

LEI Nº 10.259, DE 16 DE JUNHO DE 2015.

Institui o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado do Maranhão - MAIS EMPRESAS, revoga a Lei nº 9.121, de 4 de março de 2010, e dá outras providências.

[...]

Art. 2º Às empresas enquadradas no Programa MAIS EMPRESAS será concedido crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação, e diferimento nos

ADI 5467 / MA

períodos e proporções estabelecidos neste artigo.

§ 1º Os segmentos industriais ou agroindustriais receberão, a título de crédito presumido, o equivalente a:

I - até 95% (noventa e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação nos 30 (trinta) municípios de menores IDHM, conforme a última divulgação oficial, pelo prazo de 15 (quinze) anos;

II - até 85% (oitenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação de empreendimentos que gerem 500 (quinhentos) empregos diretos ou mais, ou que reciclem resíduos sólidos urbanos e utilizem logística reversa, ou que exerçam atividade inexistente no Estado, ou que sejam considerados prioritários, conforme art. 11 desta Lei, pelo prazo de 12 (doze) anos;

III - até 75% (setenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação ou ampliação, pelo prazo de 10 (dez) anos;

IV - até 65% (sessenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de reativação, modernização ou realocação, pelo prazo de 8 (oito) anos;

§ 2º Haverá o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente das atividades econômicas mencionadas no § 1º, desta Lei, limitado ao período de implantação, ampliação, modernização, realocação ou reativação, em operações:

I - internas, relativamente ao imposto que seria destacado pelo remetente;

II - interestaduais, relativamente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, bem como o ICMS relativo ao serviço de transporte;

III - de importação do exterior, inclusive em relação ao respectivo serviço de transporte, quanto ao imposto que seria pago no momento do desembarço aduaneiro;

§ 3º Haverá o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na saída interna e na importação de matérias-primas e produtos intermediários utilizados direta ou indiretamente no

ADI 5467 / MA

processo produtivo da indústria e agroindústria, destinadas às empresas beneficiárias dos incentivos previstos nesta Lei, inclusive em relação ao respectivo serviço de transporte, exceto o fornecimento de energia, observados os prazos estabelecidos no § 1º.

O requerente alega, em síntese, que a Lei Estadual, ao instituir o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado do Maranhão – MAIS EMPRESAS, “estabeleceu o art. 2º, caput e parágrafo 1º da mesma Lei ‘crédito presumido de ICMS’ nas situações ali especificadas”. Sustenta “a necessidade de celebração de convênios entres os Estados e o Distrito Federal, com a participação do Ministério da Fazenda para a concessão de incentivos de natureza diversificada (isenção, anistia, redução de base de cálculo, crédito presumido de imposto, dilação de prazo para pagamento, etc.)”. Nesse sentido, aduz existir “afrenta à regra do art. 155, § 2º, XII, ‘g’ da CF/1988, porquanto os benefícios fiscais em tela somente poderiam ser concedidos mediante aprovação prévia em convênio interestadual, no âmbito do CONFAZ”.

Requer, ao final, “sejam declaradas inconstitucionais, com caráter vinculante, erga omnes e efeitos ex tunc a expressão ‘crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação’ do caput do art. 2º e a integralidade do parágrafo 1º do mesmo artigo da Lei Ordinária do Estado do Maranhão nº 10.259 de 16/06/2015”.

Em suas informações, a Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão defende a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, afirmando que “os trâmites legais e constitucionais de elaboração e aprovação do Projeto de Lei de Conversão nº 004/2015 foram devidamente respeitados, o que culminou com a conseqüente promulgação”. Também o Governador do Estado sustenta a improcedência do pedido formulado, defendendo uma interpretação sistemática do artigo 155, § 2º, XII, ‘g’, da CRFB/88 com outros dispositivos constitucionais, afirmando que “a concessão de

ADI 5467 / MA

benefícios fiscais possui o condão de atrair empreendimentos dos mais variados setores e, por conseguinte, alavancar o desenvolvimento econômico, sobretudo em Estados que vivem quase que exclusivamente da exploração de atividades primárias”.

A Advocacia-Geral da União opinou pela procedência do pedido, conforme manifestação assim ementada, *verbis*:

“Tributário. Dispositivos da Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, que ‘institui o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado do Maranhão - MAIS EMPRESAS, revoga a Lei nº 9.121, de 4 de março de 2010, e dá outras providências’. Concessão de benefícios fiscais sem previsão em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ. Violação ao artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘g’, da Constituição Federal. Violação ao artigo 152 da Lei Maior. Precedentes desse Supremo Tribunal Federal. Manifestação pela procedência do pedido veiculado na presente ação direta.”

Da mesma forma, o Procurador-Geral também opinou pela procedência do pedido, conforme parecer assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.259/2015 DO MARANHÃO. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DO MARANHÃO (“MAIS EMPRESAS”). CRÉDITO PRESUMIDO DO ICMS. INCENTIVO FISCAL PARA ATRAIR INVESTIMENTOS E INCREMENTAR A ARRECADAÇÃO E A ECONOMIA. AUTORIZAÇÃO EM CONVÊNIO INTERESTADUAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO.

1. Contrapõe-se diretamente ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição da República, norma estadual ou distrital que, sem prévio convênio interestadual, defira unilateralmente benefícios fiscais

ADI 5467 / MA

e financeiros de ICMS e, por conseguinte, ocasione risco de desequilíbrio ao pacto federativo, por configurar a chamada 'guerra fiscal'.

2. Incentivos fiscais e financeiros de ICMS sujeitam-se ao art. 155, § 2º, XII, g, da CR, por traduzirem redução de carga tributária voltada a atrair determinado segmento para o território do ente concedente e, dessa forma, incrementar sua arrecadação tributária.

3. Parecer por procedência do pedido.”

Em 29 de março de 2017, concedi a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, para suspender a aplicação do *caput* do artigo 2º, bem como da integralidade de seu §1º, da Lei 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, nos termos do artigo 10, § 3º, da Lei 9.868/1999. No presente julgamento, porém, proponho seja analisado o mérito da Ação, que abrange o próprio pedido cautelar deferido.

É o relatório.

30/08/2019

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.467 MARANHÃO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, cinge-se a controvérsia à discussão da constitucionalidade ou não de lei estadual que teria concedido, sem prévio convênio interestadual, benefícios fiscais relativos ao ICMS.

Ab initio, assento a legitimidade ativa do proponente, uma vez que é Partido Político com representação no Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, VIII, da CRFB/88. Ademais, preenchidos os demais requisitos, conheço a presente ação direta.

No mérito, o sistema constitucional brasileiro, ao dispor sobre o sistema tributário nacional, prevê a competência estadual ou distrital para instituição de imposto sobre *“operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”*, o ICMS (artigo 155, II, da CRFB/88). Trata-se de importante fonte de receita para os Estados-membros, ao qual o texto constitucional dispensa minucioso tratamento.

Não é demais lembrar que essas disposições colocam-se dentro de uma forma de estado federalista, que, por meio da cooperação entre os entes federados, apresenta algumas definições mínimas, dentre as quais se destacam também seus aspectos tributários e financeiros, como Abhner Youssif bem assenta em doutrina:

“Dentro dessas definições mínimas, traço importante que também deve ser destacado diz respeito à divisão constitucional de

ADI 5467 / MA

recursos financeiros, (expressão aqui adotada em sentido amplo), seja em relação à definição dos bens públicos, a atribuição de sua titularidade e a participação nos resultados de sua exploração; seja em relação às receitas públicas e sua consecutória repartição. Aliás, esse é um ponto particular de alta influência sobre o campo do Direito Financeiro, no qual se discute importante ferramenta para a execução do autogoverno, da auto-organização e da autoadministração dos entes federativos, das políticas públicas, da Federação e da própria democracia em geral: o orçamento público.

Com efeito, o orçamento dos entes federados e a aplicação das receitas que lhes competem são questões diretamente ligadas ao desempenho da autonomia de cada um deles e de suas prerrogativas atribuídas pelo regime federativo. Pode-se dizer, portanto, que a definição dos bens e receitas públicos, bem como as questões financeiro-orçamentárias a ela vinculadas, constitui traço fundamental à realização e concretização de uma federação como a brasileira.”

(ARABI, Abhner Youssif Mota. **Desdobramentos Financeiros do Federalismo Fiscal: participação no resultado da exploração de petróleo e o bônus de assinatura.** In: GOMES, Marcus Lívio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota. *Direito Financeiro e Jurisdição Constitucional.* Curitiba: Juruá, 2016, pp. 13/14).

Imerso nesse contexto constitucional federativo, em regra, a competência tributária abrange como consecutório lógico a possibilidade de instituição de benefícios fiscais, de que são exemplos as isenções, a concessão de crédito presumido e a redução da base de cálculo do tributo. Bastaria, para tanto, a edição de *lei específica* pelo ente tributante, nos termos do artigo 150, § 6º, da CRFB/88.

Entretanto, a parte final desse mesmo dispositivo revela que o texto constitucional estabeleceu regime particular a respeito do modo como tais exonerações fiscais podem ser instituídas em relação ao ICMS. Com efeito, para tal tributo, exige-se prévia *deliberação entre os Estados-membros*

ADI 5467 / MA

(artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/88). Nos dizeres de Geraldo Ataliba, “o princípio geral segundo o qual ‘quem pode tributar pode isentar’ sofre aqui peremptória exceção”, uma vez que “os Estados podem instituir o ICM, mas não podem estabelecer isenções livremente” (ATALIBA, Geraldo. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 80).

Com efeito, essa exigência constitucional específica evidencia a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, vol. IV, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 295). Com efeito, se fosse lícito a cada ente federativo regional a instituição de exonerações fiscais de forma independente, o resultado que daí adviria seria a cognominada *guerra fiscal*, com a busca irrefreável pela redução da carga tributária em cada Estado, de forma a atrair empreendimentos e capital para o respectivo território, em prejuízo, em última análise, para a própria forma de estado federalista e seus consectários fiscais.

Deveras, a aludida previsão constitucional restou regulamentada pela recepção pela CRFB/88 da Lei Complementar 24/75, que “Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências”. O âmbito de incidência da exigência de convênio é especificado pelo art. 1º da referida Lei, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

ADI 5467 / MA

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prerrogativas e às extensões das isenções vigentes nesta data.”

Do ponto de vista histórico, na clássica doutrina de José Souto Maior Borges, em comentário à dispositivo semelhante contido na Constituição de 1967, na redação da Emenda 1/1969, colhem-se os seguintes ensinamentos, *verbis*:

“Tal dispositivo representa o ponto culminante da legislação que vem disciplinando com critérios progressivamente restritivos as isenções do ICM, dadas as dificuldades de adaptação desse tributo ao sistema federal brasileiro. Dificuldades de adaptação que resultam sobretudo da circunstância de serem os impostos sobre a circulação [...] tributos federais por natureza, embora o ICM, em homenagem ao elemento histórico ou a critérios de historicidade que ainda persistiram no sistema tributário brasileiro, mesmo após a reforma tributária nacional, esteja atribuído à competência legislativa dos Estados-membros e Distrito Federal. A identificação do ICM como um imposto federal decorre de que, não obstante seja a sua hipótese de incidência um fato localizado – a circulação – os seus efeitos econômicos são inevitavelmente difundidos por todo o território nacional. Essa característica agrava a problemática das isenções no âmbito das operações interestaduais e mesmo das operações internas.”

(BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 167).

Aliomar Baleeiro também destaca a especificidade constitucional erigida para a concessão de benefícios fiscais ao ICMS:

“[...] o princípio federal interfere com o tema das isenções

ADI 5467 / MA

e das demais exonerações tributárias, tanto no âmbito interno como no externo. No âmbito interno, a competência dos Estados-Membros para concessão de isenções em relação ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte e Comunicação (ICMS) não pode ser exercida individual e unilateralmente por qualquer um deles. A Constituição de 1969 já previa, e a de 1988 manteve o princípio de que cabe à lei complementar *‘regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados’*. Portanto, os convênios ou convenções interestaduais, firmados para a concessão dessas isenções e outros benefícios relativos a esse imposto estadual, são ato de manifestação colegiada prévia de vontade de todos os Estados. [...] no plano interno, a forma federal de Estado traz, como consequência, o fenômeno das isenções conveniais [...]”.

(BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217)

Considerados esses parâmetros, é uníssona a jurisprudência desta Suprema Corta ao proclamar a invalidade de leis estaduais que, a despeito da ausência de convênio interestadual, tenham concedido favores fiscais relativamente ao ICMS, conforme exemplificam os seguintes precedentes:

“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 HOVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO

ADI 5467 / MA

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 2.663, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 29/5/2017)

ADI 5467 / MA

“I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. [...]” (ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 11/3/2015, DJe de 19/5/2015)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO FISCAL. ICMS. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO INTERESTADUAL (CF, ART. 155, § 2º, XII, ‘g’). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONCESSÃO DE ISENÇÃO À OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE AUTOMÓVEIS POR OFICIAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA (CF, ART. 150, II). DISTINÇÃO DE TRATAMENTO EM RAZÃO DE FUNÇÃO SEM QUALQUER BASE RAZOÁVEL A JUSTIFICAR O DISCRIMEN. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. 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. 2. In casu, padece de inconstitucionalidade formal a Lei Complementar nº 358/09 do Estado do Mato Grosso, porquanto concessiva de isenção fiscal, no que

ADI 5467 / MA

concerne ao ICMS, para as operações de aquisição de automóveis por oficiais de justiça estaduais sem o necessário amparo em convênio interestadual, caracterizando hipótese típica de guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988. 3. A isonomia tributária (CF, art. 150, II) torna inválidas as distinções entre contribuintes “em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida”, máxime nas hipóteses nas quais, sem qualquer base axiológica no postulado da razoabilidade, engendra-se tratamento discriminatório em benefício da categoria dos oficiais de justiça estaduais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 4.276, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgada em 20/8/2014, DJe de 18/9/2014)

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ISENÇÃO CONCEDIDA A TÍTULO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE AOS INTEGRANTES DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR EM ATIVIDADE OU INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL. PERMISSÃO GENÉRICA AO EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.561/2002 DO ESTADO DO PARANÁ. 1. A concessão de benefício ou de incentivo fiscal relativo ao ICMS sem prévio convênio interestadual que os autorize viola o art. 155, § 2º, XII, g da Constituição. 2. Todos os critérios essenciais para a identificação dos elementos que deverão ser retirados do campo de incidência do tributo (regra-matriz) devem estar previstos em lei, nos termos do art. 150, § 6º da Constituição. A permissão para que tais elementos fossem livremente definidos em decreto do Poder Executivo viola a separação de funções estatais prevista na Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 2.688, rel. min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgada em 1º/6/2011, DJe de 26/8/2011)

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECADENCIAL - ICMS -*

ADI 5467 / MA

CONCESSÃO DE ISENÇÃO E DE OUTROS BENEFÍCIOS FISCAIS, INDEPENDENTEMENTE DE PREVIA DELIBERAÇÃO DOS DEMAIS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DO ESTADO-MEMBRO EM TEMA DE ICMS (CF, ART. 155, § 2º, XII, "G") - NORMA LEGAL QUE VEICULA INADMISSIVEL DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA AO GOVERNADOR DO ESTADO - PRECEDENTES DO STF - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PRAZO DECADENCIAL: *O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não esta sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360. Precedentes do STF. DIREITO DE PETIÇÃO E AÇÃO DIRETA: O direito de petição, presente em todas as Constituições brasileiras, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático. Trata-se de instrumento jurídico-constitucional posto a disposição de qualquer interessado - mesmo daqueles destituídos de personalidade jurídica -, com a explícita finalidade de viabilizar a defesa, perante as instituições estatais, de direitos ou valores revestidos tanto de natureza pessoal quanto de significação coletiva. Entidade sindical que pede ao Procurador-Geral da Republica o ajuizamento de ação direta perante o STF. Provocatio ad agendum. Pleito que traduz o exercício concreto do direito de petição. Legitimidade desse comportamento. ICMS E REPULSA CONSTITUCIONAL A GUERRA TRIBUTARIA ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS: O legislador constituinte republicano, com o proposito de impedir a "guerra tributaria" entre os Estados-membros, enunciou postulados e prescreveu diretrizes gerais de caráter subordinante destinados a compor o estatuto constitucional do ICMS. Os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da Republica, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo, (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributaria, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo, (c) justificam a edição de lei complementar nacional*

ADI 5467 / MA

vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder elou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. CONVENIOS E CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFICIO FISCAL EM TEMA DE ICMS: A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial a válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS. Esses convênios - enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributaria em matéria de ICMS - destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão. O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades politicas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributaria pertinente ao ICMS. MATÉRIA TRIBUTARIA E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA: A outorga de qualquer subsidio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de calculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributaria só podem ser deferidas mediante lei especifica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADIn 1.296-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO.” (ADI 1.247-MC, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/8/1995, DJ de 8/9/1995)

À luz dessas premissas, destaco que, *in casu*, os dispositivos impugnados erigem benefício fiscal de crédito presumido nas hipóteses que estipula, fazendo-o de forma unilateral, sem prévia deliberação dos demais Estados-membros. Dessarte, o *caput* e o § 1º do artigo 2º da Lei

ADI 5467 / MA

objurgada conferem regime mais vantajoso ao instituir situações de crédito presumido para os segmentos industriais ou agroindustriais, nos termos em que especifica. Evidencia-se, portanto, a instituição de tratamento fiscal mais favorável sem o necessário convênio interestadual prévio que autorizasse, na linha da exigência constitucional, a instituição de tais benefícios.

Dessarte, ao instituir unilateralmente regime tributário mais favorável, o ato normativo impugnado revela-se inconstitucional, por violação ao artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/88. A propósito, destaco que o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União também se manifestaram pela procedência do pedido, conforme os excertos que abaixo respectivamente se enuncia, *in litteris*:

“Crédito presumido de ICMS, portanto, possui natureza jurídica de benefício fiscal, na modalidade de incentivo fiscal, de modo que se deve conformar ao disposto no art. 155, § 2º, XII, g, dado o tratamento nacional uniforme dispensado ao ICMS, no ponto, pela Constituição da República. [...]

Considerando que o Governador do Estado do Maranhão não comprovou existência de autorização dos estados-membros e do Distrito Federal acerca da concessão de benefícios fiscais de ICMS, são inconstitucionais a expressão constante do art. 2º, caput, e a integralidade do art. 2º, § 1º, da Lei 10.259/2012.”

“Diante do exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido formulado pelo requerente, devendo ser declarada a inconstitucionalidade da expressão “crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação”, constante do caput do artigo 2º da Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, bem como da integralidade do parágrafo Iº do mesmo artigo legal. “

Assim, confirmam-se em definitivo os elementos inicialmente

ADI 5467 / MA

destacados na decisão cautelar proferida nestes autos, como medida de conciliação entre a validade e a cogência das normas constitucionais com a segurança jurídica dos contribuintes. Na ocasião, asseverei que, tratando-se de ato normativo até então vigente e eficaz, sua eventual aplicação favorável aos contribuintes beneficiados ensejava a necessária proteção de suas expectativas e da segurança jurídica no sistema tributário nacional, o que tem levado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal à modulação dos efeitos de sua decisão em casos semelhantes (ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, julgada em 11/3/2015; ADI 2.663, rel. min Luiz Fux, julgada em 8/3/2017).

Com efeito, nesse sentido também já se pronunciou o min. Roberto Barroso nos debates orais durante o julgamento da ADI 4.481, em que afirmou: *“A minha sugestão, nesses casos que envolvem guerra fiscal e benefícios fiscais indevidos, por violação do art. 155, § 2º, XII, é que o Tribunal e cada Relator procure se pronunciar, cautelarmente e no primeiro momento possível, em seguida trazendo à bancada, pela suspensão da lei, quando seja o caso, por violação desse dispositivo, para que ela não vigore por nenhum prazo significativo”*.

Nesse sentido, mercê das razões de segurança jurídica dos contribuintes alcançados pelas normas ora analisadas, proponho sejam modulados os efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, conferindo-lhes efeitos *ex nunc*, nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, a contar da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (29/3/2017), quando restou suspensa a aplicação dos dispositivos aqui declarados inconstitucionais. Destaco que nesse sentido tem se posicionado o Plenário desta Corte em casos similares, v.g. : ADI 2.663, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, *DJe* de 29/5/2017; ADI 4.481, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 11/3/2015, *DJe* de 19/5/2015.

Por derradeiro, assento que a presente declaração de

ADI 5467 / MA

inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados não resta prejudicada ou convalidada pela superveniência da Lei Complementar 160/2017, que criou a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal deliberarem, no prazo que estipulou, sobre a aprovação de novo convênio relativo a remissão de créditos tributários decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto no artigo 155, § 2º, XII, 'g', da CRFB/88, bem como a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais. Com efeito, essa inovação legislativa (questionada no âmbito da ADI 5.902, rel. min. Marco Aurélio), restou materializada pelo Convênio ICMS 190/2017, aprovado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que estabelece algumas condicionantes a serem cumpridas pelos Estados-membros para que sejam possíveis esses novos benefícios fiscais (remissão, anistia) ou a reinstituição de benefícios, que depende, inclusive, de nova legislação estadual ou distrital (Cláusula Nona do Convênio).

Dessa forma, ainda que aqui não se esteja a manifestar sobre a validade jurídica de tal Lei Complementar e do Convênio com base nela editado, o que se afirma é que trata-se de matéria alheia à inconstitucionalidade ora constatada. É dizer: a eventual validade desses novos atos normativos não torna constitucionais os dispositivos aqui objurgados, mas tão somente representaria a instituição de novos benefícios fiscais relativos a créditos tributários que poderiam advir como conseqüências desta declaração de inconstitucionalidade.

Ainda que assim não fosse, destaque-se que a suspensão cautelar da aplicação dos dispositivos impugnados, procedida por decisão de 29/3/2017, bem como a proposta de modulação dos efeitos da presente decisão, para que surta efeitos desde esse indicado marco temporal, parece suprir qualquer eventual prejuízo desses outros atos normativos na presente decisão.

ADI 5467 / MA

III – DO DISPOSITIVO

Ex positis, julgo PROCEDENTE o pedido formulado, a fim de declarar a inconstitucionalidade da expressão “*crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação*” constante do *caput* do artigo 2º, bem como da integralidade de seu § 1º, todos da Lei 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, por alegada ofensa ao artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/88, conferindo à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (29/3/2017), quando restou suspensa a aplicação dos dispositivos aqui declarados inconstitucionais (artigo 27 da Lei 9.868/99).

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.467 MARANHÃO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **SOLIDARIEDADE**
ADV.(A/S) : **TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO
MARANHÃO**
ADV.(A/S) : **SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS**

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Divirjo parcialmente do Relator quanto à modulação dos efeitos da decisão. Eis a denominada inconstitucionalidade útil. Praticamente aposta-se na morosidade da Justiça. Proclamado o conflito da norma com a Constituição Federal, mitiga-se esta sob o ângulo da higidez, como se não estivesse em vigor até então, e assenta-se, como termo inicial do surgimento de efeitos da constatação do conflito, a data do implemento da medida cautelar posteriormente confirmada.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.467

PROCED. : MARANHÃO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : SOLIDARIEDADE

ADV.(A/S) : TIAGO CEDRAZ LEITE OLIVEIRA (23167/DF) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão "crédito presumido sobre o valor do ICMS mensal apurado, nos casos de implantação, ampliação, modernização, realocização e reativação" constante do *caput* do artigo 2º, bem como da integralidade de seu § 1º, todos da Lei nº 10.259, de 16 de junho de 2015, do Estado do Maranhão, conferindo à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da data do deferimento da medida cautelar ora confirmada (29/3/2017), quando restou suspensa a aplicação dos dispositivos aqui declarados inconstitucionais (artigo 27 da Lei 9.868/99), nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio quanto à modulação dos efeitos da decisão. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, Sessão Virtual de 23.8.2019 a 29.8.2019.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário