



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 6334 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.635

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

REQUERIDO : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDA : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATOR : MINISTRO CELSO DE MELLO

Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989; art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007; art. 51 do Decreto 45.490/2000 “no que diz com a referência ao art. 26, I, Anexo II daquele Decreto”; e art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, todos do Estado de São Paulo. Preliminares. Legitimidade ativa. Ofensa direta à Constituição. Fundamentação do pedido. Mérito. ICMS. Guerra fiscal. Concessão de benefícios fiscais sem prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz. Contrariedade aos arts. 152 e 155, § 2º, XII, “g”, CR. Parecer pela concessão da medida cautelar para que (i) seja suspensa a eficácia do art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000 e do art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007, ambos do Estado de São Paulo e (ii) seja declarada a nulidade, sem redução do texto, da interpretação dada aos arts. 84-B, II, e 112, da Lei paulista 6.374/1989 segundo a qual é possível a edição de atos normativos que concedam benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra os arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989; o art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007; o art. 51 do Decreto

45.490/2000 “no que diz com a referência ao art. 26, I, Anexo II daquele Decreto”; e o art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, todos do Estado de São Paulo.

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989

“Art. 84-B. No interesse da arrecadação tributária, da preservação do emprego, do investimento privado, do desenvolvimento econômico do Estado e competitividade da economia paulista, bem como para garantia da livre concorrência, o Poder Executivo poderá adotar cumulativamente as seguintes medidas:

[...]

II - incentivos compensatórios pontuais;

[...]

Art. 112. Sempre que outro Estado ou o Distrito Federal conceder benefícios fiscais ou financeiros, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus tributário, com inobservância de disposições da legislação federal que regula a celebração de acordos exigidos para tal fim e sem que haja aplicação das sanções nela prevista, o Poder Executivo poderá adotar as medidas necessárias à proteção da economia do Estado.”

Art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007

“Art. 1º O estabelecimento fabricante que promover saída tributada pelo ICMS dos produtos adiante relacionados, classificados nos seguintes códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, poderá optar pelo crédito de importância equivalente à aplicação de 7,0% (sete por cento) sobre o valor de sua operação de saída, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos:

[...]

XXIII - máquinas automáticas de processamento de dados, portáteis, sem teclado, que tenham uma unidade central de processamento com entrada e saída de dados por meio de uma tela sensível ao toque de área superior a 140 cm² (Tablet PC) – 8471.41.90”

Art. 51 do Decreto 45.490/2000

“Art. 51. Fica reduzida a base de cálculo nas operações ou prestações arroladas no Anexo II, exceto na operação própria praticada por contribuinte sujeito às normas do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - 'Simples Nacional', em conformidade com suas disposições (Lei 6.374/89, art. 5º e Lei Complementar nº 123/06).

Parágrafo único - A redução de base de cálculo prevista para as operações ou prestações internas aplica-se, também:

- 1 - nas saídas destinadas a não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da Federação;
- 2 - no cálculo do valor do imposto a ser recolhido a título de substituição tributária, quando a redução da base de cálculo for aplicável nas sucessivas operações ou prestações até o consumidor ou usuário final.”

Art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000

“Artigo 26 (DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E AGROPECUÁRIO) – Fica reduzida a base de cálculo do imposto incidente nas saídas internas dos produtos industrializados adiante indicados, realizadas pelo estabelecimento fabricante, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7% (sete por cento) (Lei 6.374/89, artigo 112):

- I - produtos da indústria de processamento eletrônico de dados, fabricados por estabelecimento industrial que estivesse abrangido pelas disposições do artigo 4º da Lei federal 8.248, de 23-10-91, na redação vigente em 13 de dezembro de 2000, e pela redação dada a esse artigo pela Lei 10.176, de 11-1-01;”

RP

3. O requerente alega, em síntese, que as normas contestadas contrariam os arts. 152¹ e 155, § 2º, XII, “g”², da Constituição da República, e os arts. 40³ e 92⁴ do ADCT.

4. A violação ao art. 155, § 2º, XII, “g”, CR estaria evidenciada no ponto em que os dispositivos contestados concedem incentivos fiscais à produção de *tablets* no Estado de São Paulo (redução da base de cálculo e fixação de crédito tributário “*que resulta em uma alíquota efetiva de ICMS de 0%*”) sem a prévia celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal.

5. Quanto aos arts. 152, CR, e 40 e 92, ADCT, a contrariedade residiria no fato de que, enquanto o *tablet* fabricado em território paulista recebe os incentivos fiscais acima referidos, o mesmo produto, quando oriundo da Zona Franca de Manaus, é taxado em 12% em sua entrada no Estado de São Paulo.

6. Foi adotado o rito do artigo 10 da Lei 9.868/1999.

7. A Assembleia Legislativa e o Governador do Estado de São Paulo prestaram informações em que sustentam, preliminarmente, o não conhecimento da ação, em razão da ofensa indireta à Constituição e da ile-

1 Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

2 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

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

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

3 Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

4 Art. 92. São acrescidos dez anos ao prazo fixado no art. 40 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

gitimidade ativa do requerente e, no mérito, a ausência dos pressupostos necessários à concessão da medida cautelar (Petições 74.107/2011 e 74.583/2011).

8. O Governador do Estado de São Paulo acrescenta que, em razão de sua abstração e generalidade, e devido à falta de indicação do parâmetro constitucional, os arts. 84-B e 112 da Lei paulista 6.374/1989 não são passíveis de controle de constitucionalidade.

9. Assevera também a impossibilidade jurídica de se analisar o pedido quanto aos arts. 40 e 92 do ADCT, devida ao fato de não se poder examinar “*o confronto de benefícios regionais com benefícios setoriais como um tema constitucional*” (fl. 16 da Petição 74.583/2011).

10. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela concessão parcial da medida cautelar “*para o fim de suspender os efeitos, tão somente, do artigo 1º, XXIII, do Decreto nº 51.624/07 e do artigo 26, inciso I, do Anexo II, do Decreto nº 45.490/00*” (Petição 85.453/2011).

11. É o relatório.

12. A legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade é conferida aos Governadores de Estado ou do Distrito Federal pelo art. 103, V, CR.

13. Ainda que a Constituição não estabeleça nenhuma condição para o exercício desta competência, o Supremo Tribunal Federal entende que, “*em se tratando de impugnação a diploma normativo a envolver outras Unidades da Federação, o Governador há de demonstrar a pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato considerados os interesses do Estado*” (ADI 2.747, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/8/2007).



14. No caso ora em exame, o requisito é satisfeito pelo simples fato de que a concessão de benefícios fiscais do ICMS, sem a prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz, é capaz de causar impactos na economia dos demais Estados da Federação. Nesse sentido, eventual procedência da ação direta tem o condão de evitar os alegados prejuízos ao Estado do Amazonas.

15. Também não merece acolhida a preliminar de ofensa reflexa suscitada pelos requeridos.

16. Ao contrário do que sustentado, a concessão de benefício fiscal do ICMS sem a prévia celebração de convênio implica contrariedade ao art. 155, § 2º, XII, “g”, CR, e não à Lei Complementar 24/1975.

17. Isto porque a obrigatoriedade de deliberação entre os Estados e o Distrito Federal decorre do próprio texto constitucional. A lei complementar disciplina, apenas, a forma segundo a qual o acordo deve ser celebrado.

18. Nesse particular, essa Corte já conheceu de diversas ações diretas cujo fundamento principal é justamente a violação ao art. 155, § 2º, XII, “g”, CR (ADI 2.549, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 209, de 3/11/2011; ADI 4.152, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 181, de 21/9/2011; e ADI 3.794, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 146, de 1º/8/2011, entre muitas outras).

19. De resto, não procede a alegação de não conhecimento da ação quanto aos arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989.

20. A abstração e generalidade dos atos normativos é requisito essencial para que possam ser submetidos ao controle abstrato de constitu-

cionalidade, razão pela qual é descabido o argumento de que tais características impedem as normas impugnadas de serem objeto da ação direta.

21. Quanto ao parâmetro de constitucionalidade, verifica-se que a impugnação formulada na inicial é apta a alcançar todos os dispositivos indicados. O argumento principal é o da ilegítima concessão de benefícios fiscais do ICMS para a produção de *tablets* no Estado de São Paulo. Segundo o requerente, os arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989, ao autorizarem o Poder Executivo a adotar “*incentivos compensatórios pontuais*” e “*medidas necessárias à proteção da economia do Estado*” no caso de guerra fiscal, não só alicerçam as demais normas contestadas como possibilitam a concessão de mais benefícios fiscais contrários ao art. 155, § 2º, XII, CR. Há, portanto, evidente cotejo analítico entre as normas questionadas e o preceito constitucional.

22. É possível apreender, satisfatoriamente, todo o debate proposto confrontando-se os atos normativos com o parâmetro constitucional apontado.

23. Além disso, a causa de pedir, em controle concentrado, é aberta. Basta, portanto, que a inicial deixe evidente o contraste com a Constituição para que esteja habilitada ao exame de seu mérito.

24. Portanto, o pedido de declaração de inconstitucionalidade está convenientemente fundamentado.

25. Superadas as preliminares, a medida cautelar deve ser concedida.

26. O art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição da República dispõe caber à lei complementar regular a forma como, mediante delibera-

ção dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS serão concedidos. A disciplina da matéria está contida na Lei Complementar 24/1975, cuja recepção pela Constituição de 1988 foi reconhecida por esta Corte em diversas ocasiões.

27. Nesse sentido, embora seja tributo da competência estadual e distrital, o ICMS recebe conformação nacional pela Lei Complementar 24/1975, que estabelece a prévia celebração de convênio como condição para a concessão de benefícios fiscais. Trata-se de exigência que tem por objetivo evitar a prática de guerra fiscal, que, em última análise, provoca a desestruturação do próprio pacto federativo, mediante o exorbitante favorecimento do ente público desonerador, em prejuízo aos demais entes da Federação.

28. Roque Antonio Carraza, a respeito do assunto, leciona:

“As isenções de ICMS, no entanto, não seguem esta diretriz. De fato, unilateralmente, nem os Estados, nem o Distrito Federal podem concedê-las. Nem mesmo por meio de lei ordinária. Não há, portanto, isenções autonômicas, em matéria de ICMS. Notamos, a propósito, que a lei ordinária (estadual ou distrital) também não pode, no que concerne a este tributo, conceder incentivos e benefícios fiscais (reduções de base de cálculo, créditos presumidos ou fictícios, remissões parciais, anistias, diferimentos, parcelamentos de débitos tributários, adiamentos de prazos de pagamento, e assim por diante).

[...]

Em suma, as isenções tributárias em matéria de ICMS, longe de poderem ser concedidas (ou revogadas) pelas próprias unidades federativas interessadas, devem ser objeto de convênios, celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

De fato, a Constituição exige que todos eles se coloquem de acordo para que tal benefício passe a ter existência jurídica. Assim é para evitar a 'guerra fiscal'

20

entre as diversas regiões do País, cujos efeitos deletérios são sobrejamente conhecidos – e que, por isso mesmo, devem, por todos os modos, ser evitados.”

29. No mesmo sentido, manifestam-se, entre outros, Sacha Calmon Navarro Coêlho⁵, Ricardo Lobo Torres⁶ e Luciano Amaro⁷.

30. Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que possui jurisprudência pacífica no sentido da inconstitucionalidade da concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS sem prévia celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal nos termos da Lei Complementar 24/1975. Sobre o tema, citem-se, entre muitos outros, os seguintes julgados:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 11.393/2000, do Estado de Santa Catarina. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Benefícios fiscais. Cancelamento de notificações fiscais e devolução dos correspondentes valores recolhidos ao erário. Concessão. 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 2.345, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 150, de 4/8/2011)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MER-



5 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 310/311.

6 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 394/395.

7 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 163.

CADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. NECESSIDADE DE AMPARO EM CONVÊNIO INTERESTADUAL. ART. 155, XII, G DA CONSTITUIÇÃO. Nos termos da orientação consolidada por esta Corte, a concessão de benefícios fiscais do ICMS depende de prévia aprovação em convênio interestadual, como forma de evitar o que se conventionou chamar de guerra fiscal. Interpretação do art. 155, XII, g da Constituição. São inconstitucionais os arts. 6º, no que se refere a 'benefícios fiscais' e 'financeiros-fiscais', 7º e 8º da Lei Complementar estadual 93/2001, por permitirem a concessão de incentivos e benefícios atrelados ao ICMS sem amparo em convênio interestadual. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.” (ADI 3.794, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 146, de 29/7/2011)

“PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. ICMS – BENEFÍCIO FISCAL – ISENÇÃO. Conflita com o disposto nos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea 'g', da Constituição Federal decreto concessivo de isenção, sem que precedido do consenso das unidades da Federação.” (ADI 2.376, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 125, de 30/6/2011).

“Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a integralidade da Lei Estadual nº 8.299, de 29 de janeiro de 2003, que dispõe sobre escoamento do sal marinho produzido no Rio Grande do Norte. Presença dos pressupostos da ação. Suspensão gradativa do escoamento de sal marinho não beneficiado para outras unidades da Federação. Inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da lei impugnada por usurpação de competência privativa da União (art. 22, VIII, da Constituição). Precedentes. Concessão unilateral de benefício fiscal. Ausência de convênio interestadual. Violação ao art.

155, §2º, XII, 'g' da Constituição. Precedentes. Declaração de nulidade sem redução de texto do art. 9º da lei estadual para excluir a concessão de benefícios fiscais em relação ao ICMS. Ação julgada parcialmente procedente.” (ADI 2.866, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 145, de 5/8/2010)

31. Nesse contexto, o art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, e o art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007 violam o comando do art. 155, § 2º, XII, “g”, CR.

32. Isso porque, sem que haja convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal no âmbito do Confaz, os dispositivos permitem a redução da base de cálculo na fabricação e comercialização de *tablets*, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento), e concedem crédito presumido de iguais 7% (sete por cento) relativo ao ICMS incidente sobre produtos da indústria de informática fabricados por empresas que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação.

33. Ressalte-se que a concessão dos referidos benefícios é confirmada pelo requerido ao afirmar que “(...) *foram concedidos incentivos à produção de tablets (computadores portáteis), por meio da redução da base de cálculo e fixação de crédito presumido de ICMS (...)*” (fl. 32 da Petição 74.583/2011).

34. A inconstitucionalidade é verificada também em relação aos arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989.

35. Entre as diversas interpretações que podem ser persuasivamente atribuídas a esses dispositivos, está a autorização para que o Governador edite atos normativos que, sem a prévia celebração de convênio no

âmbito do Confaz, concedam benefícios fiscais relativos ao ICMS de modo a reagir a igual postura assumida por outra unidade da federação.

36. Essa interpretação é fundamento dos dispositivos infra-legais ora impugnados, conforme apontam tanto o requerente quanto o Governador do Estado de São Paulo.

37. Nesse ponto, o requerido assevera ser necessário “*reconhecer a postura reativa do Estado de São Paulo, que, com apoio na legalidade, visa apenas eliminar desequilíbrios concorrenciais decorrentes de normas tributárias inconstitucionais (...)*” (grifo no original – fl. 35 da Petição 74.583/2011).

38. Ao analisar questão semelhante, esta Corte consignou que “*o propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam*” (ADI-MC 2.377, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 7/11/2003).

39. É necessário, portanto, declarar a nulidade, sem redução de texto, da norma contida nos arts. 84-B, II, e 112 da Lei 6.374/1989, a qual permite ao Governador a edição de atos normativos que concedam benefícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz.

40. De mais a mais, o art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000, contraria também o art. 152 da Constituição da República, uma vez que confere tratamento privilegiado às operações com produtos da indústria de processamento eletrônico de dados fabricados no Estado de São Paulo, em comparação ao tratamento dispensado às mesmas operações provenientes de outras unidades da federação.

41. Aplica-se ao caso o entendimento firmado por essa Corte no julgamento da ADI 3.389, cujo acórdão restou assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA CONDI-CIONADA À ORIGEM DA INDUSTRIALIZAÇÃO DA MERCADORIA. SAÍDAS INTERNAS COM CAFÉ TORRADO OU MOÍDO. DECRETO DE 35.528/2004 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. VIOLAÇÃO DO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO. O Decreto 35.528/2004, do estado do Rio de Janeiro, ao estabelecer um regime diferenciado de tributação para as operações das quais resultem a saída interna de café torrado ou moído, em função da procedência ou do destino de tal operação, viola o art. 152 da Constituição. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.” (ADI 3.389, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 18, de 1º/2/2008)

42. No mais, não se verifica a alegada ofensa aos arts. 40 e 92 do ADCT, pois as normas impugnadas não implicam a mitigação do regime diferenciado a que está submetida a Zona Franca de Manaus.

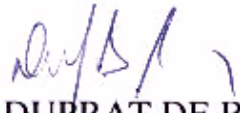
43. No tocante à urgência da pretensão cautelar, há de ser reconhecida sua caracterização, uma vez que os benefícios fiscais instituídos pela legislação paulista já estão em vigor, o que demanda a adoção de medidas urgentes e eficazes voltadas a evitar os prejuízos decorrentes da guerra fiscal.

Ante o exposto, o parecer é pela concessão da medida cautelar para que (i) seja suspensa a eficácia do art. 26, I, do Anexo II do Decreto 45.490/2000 e do art. 1º, XXIII, do Decreto 51.624/2007, ambos do Estado de São Paulo e (ii) seja declarada a nulidade, sem redução do texto, da interpretação dada aos arts. 84-B, II, e 112, da Lei paulista 6.374/1989 segundo a qual é possível a edição de atos normativos que concedam bene-

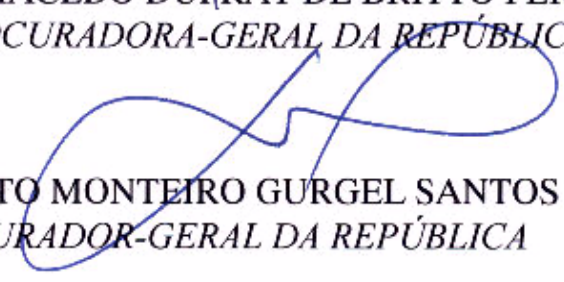
AD

fícios fiscais relativos ao ICMS sem a prévia celebração de convênio no âmbito do Confaz.

Brasília, **31** de janeiro de 2012.


DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:


ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA